

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Rafael Pereira dos Santos

**O PAPEL DO DIREITO PENAL NA TUTELA DOS RECURSOS
HÍDRICOS: uma análise à luz do princípio da *ultima ratio***

Belo Horizonte

2016

Rafael Pereira dos Santos

**O PAPEL DO DIREITO PENAL NA TUTELA DOS RECURSOS
HÍDRICOS: uma análise à luz do princípio da *ultima ratio***

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo G. Ribeiro

Belo Horizonte

2016

SANTOS, Rafael Pereira dos.
S537p O papel do Direito Penal na tutela dos recursos hídricos: uma análise à luz do princípio da *ultima ratio* / Rafael Pereira dos Santos. – Belo Horizonte, 2016.
130 f.

Dissertação (Mestrado) – Escola Superior Dom Helder Câmara.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Referências: f. 114 – 122

1. Direito ambiental. 2. Recursos hídricos. 3, Políticas públicas. I. Ribeiro, Luiz Gustavo Gonçalves. II. Título.

349.6:556(043.3)

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Rafael Pereira dos Santos

**O PAPEL DO DIREITO PENAL NA TUTELA DOS RECURSOS
HÍDRICOS: uma análise à luz do princípio da *ultima ratio***

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Membro: Prof. Dr. Márcio Luis de Oliveira

Professor Membro: Prof. Dr. Luciano Santos Lopes

Nota: ____

Belo Horizonte
2016

Dedico àquela, que com seu título de madrinha dedicou sua vida a mim e à minha família. E que sei, que de onde está ainda se dedica e intercede por nós, junto a Deus.

AGRADECIMENTOS

Sou grato em primeiro lugar a minha fé, a qual se traduz por uma crença em Deus e Nossa Senhora Aparecida, que nas madrugadas de estudo acalmavam minhas angústias e direcionavam meu saber.

Aos meus pais, que com suas ideias de tempos outrora incentivaram e possibilitam meus estudos dando, por vezes, condições para que me dedicasse a eles. Mesmo que a dedicação não fosse correspondida a tempo e modo, nunca me desmotivaram e sempre acreditaram que o estudo é a melhor herança que podem me deixar.

Agradeço ao meu irmão, que não raras vezes se traduziu como fonte de inspiração, me dando ideias e sugestões para que eu pudesse chegar até aqui.

À Camila, companheira de todos os momentos, que acompanhou de perto as ocasiões mais difíceis e sempre buscou me fortalecer com suas palavras de carinho e dedicação reproduzidas por um amor puro e sincero, não permitindo que o desânimo falasse mais alto.

Agradeço ainda aos colegas de mestrado, em especial aos membros da “Diretoria”, que ao caminharem na mesma direção dividiam suas angústias e permitiam que pudéssemos juntos transformá-las em momentos de descontração e assim tornar a trajetória dos estudos e pesquisas mais suave e prazerosa.

Ao Professor Dr. Márcio Luis de Oliveira, que me oportunizou participar de suas aulas, verdadeiros momentos de aprendizagem, que se traduziam em ensinamentos para serem aplicados na vida.

Agradeço também ao Professor Dr. Luciano Santos Lopes, que desde os tempos de graduação me incentivou a percorrer os caminhos da docência, e com seu exemplo me motivou a concluir mais essa etapa.

Por fim e nem por isso menos importante, agradeço ao meu orientador, Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, pessoa que tive o prazer de conhecer e que se tornou para mim exemplo de caráter e que, com sua paciência, me acompanhou até o término deste trabalho.

RESUMO

Trata-se de um trabalho de perquirição pela aplicabilidade mínima do Direito Penal em matéria de cunho ambiental, bem como a interdisciplinaridade que também há com disciplina jurídica própria do meio ambiente, com direcionamento especial para a proteção dos recursos hídricos. Logo, observa-se ao longo do estudo que diversas são as searas jurídicas voltadas para a proteção do meio ambiente, concomitantes ao Direito Ambiental, como o Direito Administrativo e o Direito Civil, sempre tangenciados por meio do crivo e supedâneo das normas constitucionais vigentes. Nesse diapasão, o estudo em apreço busca delimitar a esfera de atuação do Direito Penal, apresentando motivos e embasamentos teóricos e doutrinários que respaldam as ilações, calcado sobremaneira pela aplicabilidade dos princípios da insignificância e, precipuamente, pelo princípio da intervenção mínima, também rotulado pelo latinismo *ultima ratio*. Outrossim, busca-se sempre a conjunção com a teoria garantista que fundamenta a aplicabilidade do Direito Penal a partir da fase expansionista. Entrementes, observa-se que há outros meios aptos e eficazes para proteção das águas, como a aplicabilidade de políticas públicas ou, em caso de lide, a observância *prima facie* das matérias jurídicas extrapenais em detrimento da legislação penal.

Palavras-chave: Recursos Hídricos; Políticas Públicas; Direito Penal; Intervenção Mínima; Garantismo Penal.

ABSTRACT

This essay approaches the criminal law, essentially concerned in matter of environmental issue, as well the relationship with the own environmental law school, especially by the hydric resources protection. It is observed by the analysis that the environmental protection is object of lots of others legal segments concomitantly the special regulation always grounded on the current constitution rules. In this sense, the research delimits the sphere of criminal law application, guided by theoretical and academic doctrine reasons, especially by the insignificance principle minimal intervention, also named by the latin term *ultima ratio*. Futhermore, it is founded in legal guaranteeism theory as the criminal law expansion. Meanwhile, it is highlighted that there are other suitable and effective means for water protection, as the applicability of public policies or, in the event of legal disputes, the primacy of the non-criminal legislation.

Keywords: Water Resources; Public Policies; Criminal Law; Minimal Intervention; Criminal guaranteeism.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

ANA – Agência Nacional das Águas

art. – artigo

CC – Código Civil

CGEMA – Coordenação Geral de Emergências Ambientais

CP – Código Penal

CPRM – Serviço Geológico do Brasil

CR – Constituição da República

DF – Distrito Federal

DIPRO – Diretoria de Proteção Ambiental

DJ – Diário do Judiciário

DJe – Diário do Judiciário Eletrônico

e.g. – *exempli gratia*

ESDHC – Escola Superior Dom Helder Câmara

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

MG – Minas Gerais

MPMG – Ministério Público de Minas Gerais

MS – Mandado de Segurança

ONU – Organização das Nações Unidas

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Unesp – Universidade Estadual Paulista

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CONCEITO DE DIREITO PENAL AMBIENTAL E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MATÉRIA .	15
2.1 DIREITO PENAL: CARACTERÍSTICAS, EXPANSÃO E A RELAÇÃO COM OUTRAS DISCIPLINAS.....	16
2.2 DIREITO AMBIENTAL: SURGIMENTO, NECESSIDADE E APLICABILIDADE.....	26
2.3 DIREITO PENAL AMBIENTAL: EVOLUÇÃO, PROTEÇÃO DAS GERAÇÕES FUTURAS E INSERÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO.....	31
3 RECURSOS HÍDRICOS	38
3.1 CONCEITO, ABRANGÊNCIA E IMPORTÂNCIA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS PERTINENTES QUANTO AO RECURSO ESSENCIAL À QUALIDADE DE VIDA HÍGIDA, SUA ORIGEM, AS FORMAS ENCONTRADAS NA NATUREZA E A DEVIDA IMPORTÂNCIA NA MANUTENÇÃO DESSE RECURSO.....	39
3.2 TUTELA JURÍDICA: OS CONFLITOS PELO USO DAS ÁGUAS E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE AQUÁTICO PARA AS PRESENTES E AS FUTURAS GERAÇÕES.....	44
3.2.1 A evolução da proteção das águas no âmbito constitucional e seus desdobramentos.....	46
3.2.2 Tutela civil.....	52
3.2.3 Tutela administrativa	53
3.2.4 Tutela penal das águas	58
3.3 ÁGUAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM PARALELO NECESSÁRIO À PRESERVAÇÃO DAS ESPÉCIES DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	61
3.4 ESCASSEZ DE RECURSOS HÍDRICOS: PLANEJAMENTO E APLICABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PRESERVAÇÃO DAS ÁGUAS – UM PROBLEMA DO SÉCULO XXI	66
3.4.1 Judicialização de políticas públicas	69
3.4.2 Conceito e aplicabilidade de judicialização de políticas públicas.....	71
4 POLUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS	74
4.1 POLUIÇÃO: HISTÓRICO E CONCEITO.....	75
4.2 POLUIÇÃO DAS ÁGUAS: UMA PREOCUPAÇÃO CONSTANTE DO PLANETA.....	80
4.3 TRATAMENTO LEGAL: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO EXTRAPENAL E A PREVISIBILIDADE DE QUESTÕES NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO PARA PROTEÇÃO DAS ÁGUAS NO TOCANTE À POLUIÇÃO	84
4.4 CRIME DE POLUIÇÃO HÍDRICA: CONTEXTUALIZAÇÃO E APLICABILIDADE.....	87
5 O DIREITO PENAL COMO <i>ULTIMA RATIO</i> DA PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS	94
5.1 TEORIA GARANTISTA E INTERVENÇÃO MÍNIMA: A TEORIA GARANTISTA E O FUNDAMENTO DA <i>ULTIMA RATIO</i> DO DIREITO PENAL, COMINADOS COM A PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS	94
5.2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: PRINCÍPIO PENAL NORTEADOR PARA DEFINIÇÃO DOS INTERESSES DOS BENS JURÍDICOS QUE DEVAM SER TUTELADOS PELA MATÉRIA	102
5.3 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: PRINCÍPIO BASILAR DO DIREITO AMBIENTAL QUE JUSTIFICA A APLICAÇÃO DA MATÉRIA EM PROL DO DIREITO PENAL.....	107
5.4 PROPOSTAS: SUGESTÕES PARA UMA TUTELA MAIS ADEQUADA E EFETIVA DOS RECURSOS HÍDRICOS	110
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS	114
APÊNDICE: ANÁLISE DE CASO.....	123

1 INTRODUÇÃO

A discussão em torno do Direito Penal e sua aplicabilidade à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais que o compõem estende-se ao longo das décadas e esboça questionamento de ordem prática e cunho filosófico, dividindo opiniões entre os aplicadores da lei, os legisladores e, em especial, entre a coletividade, a qual se norteia, via de regra, por direcionamentos midiáticos e sensacionalistas.

As mudanças de comportamentos inerentes ao ser humano provocam múltiplas inquietações que refletem e repercutem na aplicabilidade dos ordenamentos jurídicos que regem as diretrizes básicas e essenciais a uma qualidade de vida sadia essencial à coletividade civilizada.

O Direito Ambiental teve sua notoriedade apreciada a partir da década de 70, momento em que se começa a clamar por regras aptas a regulamentar o avanço industrial e tecnológico de uma era globalizada desenfreada. Concomitantemente a esse ápice evolutivo do comportamento social, pleiteavam-se mudanças nos ditames penais, que migravam de uma proteção personalíssima e individualista, para um amparo coletivo e difuso.

A disciplina jurídica ambiental, para ter abordagem mais ampla e eficiência respaldada, entrelaçou-se com outros ramos do Direito, surgindo assim uma interdisciplinaridade, em especial, com o Direito Administrativo, o Direito Civil e o Direito Penal.

O estudo em apreço direciona seu assunto na seara do Direito Penal e do Direito Ambiental, haja vista que estes são os ramos do Direito que regem de maneira concomitante a aplicação jurídica da tutela ambiental penal. Assim, o tema é apreciado sob a ótica penalista, em especial no âmago na doutrina penal direcionada à proteção de bens jurídicos difusos, pautando-se no entendimento doutrinário e no norteamento jurisprudencial sobre as medidas expostas para a preservação do meio ambiente, em especial dos recursos hídricos, sob o enfoque da necessidade – ou não – de criminalização, penalização e processamento das sanções relativas às condutas que envolvem os possíveis danos que possam afetar o meio ambiente aquático.

O trabalho guarda sua problemática na demonstração das medidas extrapenais de caráter civil e administrativo com sanções eficazes e que se fazem necessárias à preservação da manutenção dos recursos hídricos para as presentes e as vindouras gerações. Isso em contrapartida a um Direito Penal de cunho repressor, que somente deve ser utilizado como

ultima ratio para garantir efetiva preservação das águas, ainda assim respaldados por uma aplicabilidade fundamentada na teoria garantista.

Desse modo, o problema do tema proposto é evidenciar se, mesmo calcado na intervenção mínima – princípio inerente ao Direito Penal –, e embora seja um ramo de exceção e repressão, o Direito Penal tem-se mostrado mais eficiente na preservação ambiental e conseqüentemente dos mananciais hídricos, já que em matéria ambiental têm-se a prevenção e a precaução, princípios que se contrapõem à reparação.

As ideias transcritas no trabalho foram concatenadas e divididas metodologicamente em capítulos e uma análise de caso. Primeiramente se abordará a correlação entre o Direito Penal e o Direito Ambiental, esboçando as características e evoluções de ambas, até a formatação de uma disciplina una e contemporânea, que é o Direito Penal Ambiental.

A seguir, haverá elucubrações inerentes aos recursos hídricos, esboçando sua relevância para a coletividade e a necessidade de tutela jurídica desse recurso, que é considerado bem jurídico fundamental ao desenvolvimento sustentável e é componente indispensável para todas as gerações, bem como está diretamente relacionado às atividades econômicas e industriais. Mister também ressaltar que esboçaremos a constante preocupação que permeia a discussão acerca da escassez dos recursos hídricos; como sugestão extrajurídica, apresentaremos a adoção de políticas públicas.

Na seção seguinte, destinaremos tópico para tratar da poluição das águas, que nos tempos primevos iniciou-se de maneira contida e individual, mas que com o passar dos séculos aumentou gradativamente em decorrência, especialmente, da Revolução Industrial. A poluição dos recursos hídricos é tema de relevante preocupação, uma vez que através das águas se dissipam de maneira célere os agentes nocivos causadores de outras formas de poluição. Por isso, a questão é tratada também juridicamente e exige, como forma de exceção, a tutela penal.

No último capítulo, esboçaremos tópico relevante sobre o trabalho, em que será esmiuçada a intervenção penal na seara ambiental e em especial no tratamento jurídico que visa à proteção de recursos hídricos. Nesse tópico, firmaremos nosso posicionamento de que o Direito Penal só deve ser utilizado como *ultima ratio*, em consonância com o princípio da intervenção mínima; analisaremos que questões de pouca monta devam ser amparadas pelo princípio da insignificância, e sempre se faça valer o princípio da precaução, que rege o Direito Ambiental e está expressamente exposto no artigo 225 da Constituição da República.

Como estudo de caso, analisaremos o maior desastre ambiental ocorrido no Brasil até então, que foi o rompimento da barragem de Fundão em novembro de 2015 na cidade de Mariana-MG. Com base na análise técnica preliminar elaborada por órgãos estatais, e em consonância com os capítulos transcritos no estudo, perceberemos o quão relevante são as águas e quais os desdobramentos ocasionados pelo impacto, bem como faremos sugestões acerca da tutela penal tanto da pessoa jurídica como dos responsáveis legais pela empresa Samarco.

Como objetivo geral do trabalho, vislumbramos analisar as medidas extrapenais e penais que envolvam a preservação e tutela dos recursos hídricos e demonstrar que os princípios do Direito Penal, tanto da intervenção mínima como da insignificância, da fragmentariedade e da subsidiariedade, não devem ser esquecidos quando da aplicação do Direito para a tutela ambiental. Ademais, verificar a efetividade do Direito Penal Ambiental e seus reflexos jurídicos sobre a sociedade, tendo em vista que o meio ambiente exige para a manutenção de sua integridade medidas muito mais protetivas do que reparatorias.

Como escopo específico, pretendemos sugerir propostas aptas a uma tutela mais eficaz na proteção de recursos hídricos, principalmente com a participação de intervenção do Estado, através de medidas que não tumultuem os órgãos judiciais e que atendem às demandas penais.

O presente estudo justifica-se pela sua importância ambiental, social e jurídica, uma vez que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito e dever de toda a sociedade e não há que se falar no mencionado equilíbrio se não houver uma preocupação especial com o bem ambiental de maior relevância: a água.

Assim, o problema da preservação ambiental tem-se apresentado em maior escala para a sociedade atual, haja vista que começamos a sentir o impacto da degradação, da poluição e do consumo dos recursos naturais de forma desenfreada, o que demanda soluções políticas, jurídicas e sociais.

Embora existam muitas obras e discussões sobre o tema relacionado ao meio ambiente, os recursos hídricos são pouco discutidos, e raras são as alternativas de solução, bem como pouco se vê e se põe em prática, muitas vezes pela falta de propostas concretizáveis e de um estudo específico sobre a melhor forma de tutelar.

As medidas civis e administrativas têm sido burladas por empresas cada vez mais influentes em razão de seu alto poder econômico, e verifica-se a busca pela tutela penal de

maneira desarrazoada e desproporcional como uma solução da lide de maneira mais célere e mediata, em vez de ser utilizada como se propõe, ou seja, como última opção.

Assim, o tema é justificável pela ampla discussão que promove na comunidade jurídica acerca da prevenção do meio ambiente e a expansão do Direito Penal, direcionado na contemporaneidade para a proteção de bens difusos. Consequentemente há, também, necessidade de explicações sobre a proteção do meio ambiente aquático e as formas de intervenção do Estado para tutelá-lo.

Utiliza-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, em que se verificarão os aspectos gerais que regem a proteção ambiental penal e suas consequências jurídicas para os envolvidos, em especial aplicados aos recursos hídricos, com vistas a levantar a discussão acerca da melhor forma de se garantir a preservação ambiental de modo eficaz.

Ainda, por meio do método descritivo-qualitativo, serão analisadas publicações doutrinárias tanto no âmbito nacional como internacional e jurisprudências tanto em relação a matérias penais e ambientais, como também direcionadas ao meio ambiente aquático.

A técnica de pesquisa em que se embasa o estudo em apreço é a bibliográfica, uma vez que o tema extrai suas discussões da doutrina jurídica. Nesse sentido, o estudo apresenta como eixo teórico as doutrinas de Paulo Affonso Leme Machado no âmbito ambiental e, na esfera penal, os norteamentos de Jesús-Maria Silva Sánchez e Luigi Ferrajoli.

Assim, através da pesquisa bibliográfica qualitativa, tem-se como fito demonstrar a forma que entendemos ser a mais adequada para manutenção dos recursos hídricos e resolução das lides que por ventura possam surgir, garantindo sempre o desenvolvimento sustentável para as presentes e as vindouras gerações.

Desse modo, serão demonstradas e analisadas as principais situações que envolvem a aplicação do Direito Penal na seara ambiental e na proteção das águas; consideramos que é necessário cautela na aplicação da matéria penal e incentivo para adoção de políticas públicas e resoluções de lides por meio de ordenamentos extrapenais.

2 CONCEITO DE DIREITO PENAL AMBIENTAL E CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MATÉRIA

É consabido que o convívio social exige a regulamentação de normas jurídicas aptas a resguardar a harmonia e o bem-estar. Desse modo, o Estado comunica aos seus jurisdicionados, por meio de corpo de normas, a proibição de condutas que farão incidir a sua punição e os respectivos pressupostos legais aplicáveis, que muitas vezes não são obedecidos. Por conseguinte, dá-se o rótulo de Direito Penal ao conjunto de normas punitivas daqueles que as violam e causam tumultos à coletividade, comprometendo a paz social.

Oportunamente, insta mencionar que a evolução da humanidade está intimamente atrelada ao desenvolvimento do Direito Penal e dessa disciplina jurídica não pode se desvincular, uma vez que desde os tempos mais remotos constata-se o desvirtuamento de condutas e cometimento de crimes.

Assim como toda a esfera do Direito, ao Direito Penal são creditadas as respectivas fases, passando-se pela vingança privada até a proteção de bens difusos pelo Estado – estes inseridos durante a expansão da disciplina que culminou no Direito Penal Moderno –, rompendo-se com os ditames eminentemente repressivos e personalíssimos, para dar azo ao modelo repressivo, porém concomitante com aspectos preventivos e direcionados à proteção de bens jurídicos difusos.

Nessa senda, o presente capítulo apresenta a evolução do Direito Penal, atentando-se principalmente à mutação dos paradigmas e dos pressupostos do Direito Penal de uma era primitiva para o Direito Penal expansionista e atual.

Precipuamente, ainda neste primeiro tópico, é imperioso perpassar pelos apontamentos jurídicos do Direito Ambiental, as diretrizes da mencionada disciplina jurídica surgida com mais fôlego já no final do século XX e, igualmente, a interação do Direito Penal com o meio ambiente, face ao surgimento de novas demandas judiciais inerentes à expansão e tendências do mundo globalizado, direcionados agora para a coletividade e os direitos difusos.

2.1 Direito Penal: características, expansão e a relação com outras disciplinas

A definição consentânea de Direito Penal, de forma sucinta, é a que se firma em apontá-lo como o ramo do Direito que regula as relações humanas com o intuito de harmonizar o convívio em sociedade, restabelecendo a paz e reorganizando o meio social quando outras disciplinas jurídicas não conseguirem fazê-lo ou forem ineficientes no que lhes competir.

Em caráter conceitual, pode-se afirmar que o Direito Penal é formado por normas que elencam os delitos e as respectivas punições, bem como estipula a forma de cumprimento de pena, valendo-se de seu caráter punitivo para apaziguar os ânimos exaltados, restabelecer a ordem e, ainda, atuar na ressocialização daqueles que por motivos fortuitos violaram as diretrizes inerentes à manutenção do bem-estar social.

Nos primevos, era tida a vingança privada como forma de regramento e punição apta aos que tinham sofrido alguma infração de outrem. A vingança privada ensejava ao indivíduo que fora prejudicado o direito de se valer da autotutela para penalizar o infrator ou até mesmo os familiares deste.

A historiografia evidencia que no avanço cronológico o poder punitivo passa para a Igreja e, posteriormente, para o Estado, originando-se o convencionalismo penal – momento em que foram editadas leis aptas à proteção da sociedade. Em um primeiro momento, protegia-se a sociedade não só daqueles que poderiam ou viriam a delinquir, porquanto, outrossim, puniam-se bruxas, hereges, judeus e subversivos – em uma era tida como Direito Penal Primitivo.

Em virtude dos desdobramentos seculares, o Direito Penal foi aos poucos assumindo cada vez mais seu caráter repressivo, principalmente em uma era inculta da disciplina jurídica em questão. Nesse diapasão, o aludido ramo do direito resguardava ao cidadão o caráter da justificação da pena, apta a tutelar os direitos personalíssimos, a propriedade e a integridade física.

No que diz respeito à prevenção, pouco difundida e trabalhada – ou quase nada – auferia-se das normas penais o caráter proibitivo, possibilitando ao possível infrator a opção de, unilateralmente, decidir pela obediência ou não da norma.

Nessa esteira, um dos percussores da era trivial do Direito Penal foi Cesare Beccaria que em sua obra, inclusive, afirmava que

é preferível prevenir os crimes a puni-los. Esse é o fim principal de toda a boa legislação, que é a arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo possível de infelicidade, conforme todos os cálculos dos bens e males da vida. (BECCARIA, 2006, p. 137)

Com efeito, a evolução dos tempos evidenciou a fragilidade da intenção preventiva naquela época, principalmente quando o caráter do crime era de cunho social-psicológico, no qual o infrator não se sentia intimidado pela prevenção e sequer vislumbrava qualquer tipo de punição.

Logo, as teorias da pena caracterizadas, mormente pela teoria da prevenção especial e pela teoria da prevenção geral que traduziam o fito de direito penal justo, caíram por terra, cedendo espaço às novas teorias que exurgiam, criadas e arraigadas à luz da expansão do Direito Penal.

Nesse sentido, elucida a abalizada doutrina de Claus Roxin, *ipsis verbis*:

Ocorre que, para ser coerente, ela também deveria deixar impune o assassino quando não existir nenhum perigo de reincidência (o que pode muito bem ser o caso de se cometer fato típico em virtude de uma situação de conflito), porém, isso é dificilmente aceitável se considerarmos as pessoas lesadas e a coletividade. Foi, sobretudo, por essa razão que a abordagem preventiva especial eclipsou-se cada vez mais na discussão internacional sobre a reforma nos últimos vinte anos, ora por não ter sido possível, até o presente momento, desenvolver programas de ressocialização bem-sucedidos, ora porque estes exigem despesas com as quais os poucos Estados acreditam poder arcar.

[...]

Primeiramente, é muito duvidoso que a ideia da prevenção geral, da mesma forma que da prevenção especial, não forneça uma limitação da medida da pena. A concepção “maior intimidação por meio de penas mais duras” pode facilmente levar a penas repressivas draconianas, inconciliáveis com os princípios de um Estado de Direito liberal. Em segundo lugar, uma execução da pena que objetivesse a intimidação da coletividade, a qual serve ao mesmo tempo a esta e ao condenado, poderia favorecer ainda menos a sua socialização do que uma execução de caráter retributivo. Ela infringiria até mesmo a dignidade humana e, por essa mesma razão, deve ser rejeitada. (ROXIN *et al*, 2007, p. 11/12)

No momento em que a teoria da prevenção deixou de ser suscitada e os paradigmas ideológicos passaram a dar lugar a outros pensamentos de cunho filosófico e também prático, a punição passou a fazer as vezes da normatização penal. Por punição, entende-se a aplicação da norma penal quando esta vier a ser infringida e, conseqüentemente, tiver sido instaurada a desordem no convívio social. Por conseqüência, a punição tem o condão de restabelecer a

harmonia social e apaziguar a relação entre os que forem diretamente envolvidos, valendo-se do caráter repressor precipuamente.

Entretantes, quando se erige a aplicação de pena, não se deve valer do Direito Penal a qualquer custo, sem direcionamento ou sem justificativas. Ferrajoli ensina com maestria que a dogmática penal apta a punir o ser humano deve se respaldar em ditames e características que, enfaticamente, sejam plausíveis e em concordância com o que fora violado, *ipsis litteris*:

E a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, mas somente comportamentos empíricos determinados, identificados exatamente como tais e, por sua vez, aditados à culpabilidade de um sujeito. (FERRAJOLI, 2014, p. 39)

Por sua vez, na punição está imbuída a ideia e o intuito ressocializador, o qual, através da pena aplicada, prepara o infrator para que retorne ao convívio social sem que haja nova desordem e, com isso, mantenha-se harmoniosa a convivência entre seus pares, possibilitando ao infrator a real condição de conduzir a vida futura com responsabilidade sem que volte a delinquir.

Nesse diapasão, no escólio sobre a Lei de Execução Penal alemã, que clama pela ressocialização e reinserção do infrator na sociedade, Roxin expõe:

[...] As finalidades da pena de reabilitação e de segurança, são postas lado a lado. Todavia e com razão, a socialização do preso é citada como o real objetivo da conformação e a noção de retribuição é totalmente banida desta última. (ROXIN *et al*, 2007, p. 19)

Como dito alhures, o Direito Penal surgiu como forma de regular as relações sociais, quando outros meios não fossem aptos e capazes. De fato, surge para concentrar o poder punitivo por meio do Estado, evitando-se desse modo que fosse feita justiça com as “próprias mãos” e a bel prazer. Desta feita, exaure-se a vingança privada, na qual “não se conhecia nenhuma limitação para a reação do ofendido, que poderia alcançar toda a tribo ou clã, ao qual pertencesse o ofensor (MILARÉ, 2013, p. 28).” Nesse mister, são os ensinamentos de Eugênio Raul Zaffaroni:

Puestos, pues, en este trance, entendemos por derecho penal al conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya

violación se llama delito e importa una coaccion juririca particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor¹. (ZAFFARONI, 1998, p. 24)

O Estado, por sua vez, criou normas aptas a regular o convívio social, mensurando princípios e estipulando diretrizes para o cumprimento do ordenamento jurídico:

Felizes aquelas pouquíssimas nações que não esperam que o lento movimento das combinações e vicissitudes humanas fizesse suceder aos males extremos um encaminhamento para o bem, e que apressaram as etapas intermediárias com boas leis; e merece a gratidão dos homens o filósofo que teve a coragem do seu gabinete obscuro e desprezado, de lançar à multidão as primeiras sementes das verdades úteis, por muito tempo infrutíferas. (BECCARIA, 2006, p. 15/16)

Para criar e regular as normas, fez-se imperioso que o Estado postulasse princípios norteadores que daí por diante regulariam a forma de o ser humano se portar perante seus iguais, perante a sociedade e também perante o meio ambiente.

A humanidade convola-se diuturnamente por interações sociais de maior monta e complexidade, sendo que, de modo pariforme, todo o ordenamento jurídico hipertrofia-se, inclusive a dogmática penalista. Isto é, a evolução atrelada à globalização condiciona uma disciplina jurídica penal rechaçada pela repressão, apta a resguardar os interesses coletivos e difusos em um espaço e período de tempo razoável.

Nesse íterim, Jesús-María Silva Sánchez nos possibilita criar apontamentos ao Direito Penal na era globalizada da seguinte maneira:

O objetivo fundamental do Direito Penal da globalização é, como indicado no princípio, eminentemente prático. Trata-se de proporcionar uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinquência transnacional, que evite a conformação de “paraísos jurídico-penais.” (SÁNCHEZ, 2002, p. 81)

Deveras, para o surgimento de uma ciência jurídica apta a resguardar os interesses coletivos que ultrapassem os limites de outras áreas, como é o caso do Direito Penal, fez-se imprescindível o princípio da reserva legal, garantindo que normas incriminadoras fossem (e sejam) criadas pelo Estado, definindo de forma acurada e, de antemão, a conduta proibitiva, transparecendo, então, o Direito Penal atualizado, caracterizado por sua essência repressiva que, hipotética e ideologicamente, possui a justificativa de oportunizar empiricamente uma sensação, mesmo que passageira e eventual (ou até mesmo errônea), de efetividade de justiça.

Nesse diapasão, trazemos à baila os norteamentos de Roxin:

¹ Neste ponto entendemos por direito penal com um conjunto de leis que traduzem as normas de proteção de bens jurídicos e especificam o seu âmbito, cuja violação é chamado crime e importa particularmente em grave coerção jurídica, que procura evitar novas violações por parte do autor. (Tradução nossa)

Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. A ideia que se subentende a esta concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível. (ROXIN, 2013, p. 17)

Conseqüentemente, o Direito Penal convola-se em uma técnica de controle social que se apresenta, não raras vezes, como a resposta, por meio de seu viés repressivo ao “porquê” do punir, e “se manifesta através de coerções e restrições aos potenciais desviantes, aqueles suspeitos de sê-lo, ou ainda aqueles condenados enquanto tais” (FERRAJOLI, 2014, p. 195).

A disciplina penalista é regida pelo princípio da legalidade, ou da reserva legal, que se traduz como a “garantia para os cidadãos de uma esfera intangível de liberdade, assegurada pelo fato de que, só é punível aquilo que está descrito na lei” (FERRAJOLI, 2014, p. 40).

Na legislação pátria, *exempli gratia*, está insculpido no artigo 1º do Decreto-Lei 2.848/40, que fora posteriormente ratificado pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5ª, inciso XXXIX, *ipsis litteris*:

Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1940)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988)

No que tange ao tema, é merecido trazer à baila os ensinamentos tradicionais e cultos dos saudosos juristas Nelson Hungria e Heleno Fragoso:

Princípio da Legalidade. A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita. Não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito. *Sub espécie juris*, não existe crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. *Nulum crimen, nulla pena sine previa lege penali*. A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos princípios gerais de direito, ou pelo costume. Do ponto de vista da sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa se alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções no

interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte *objecti* e a parte *subjecti*, a uma das figuras delituosas anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico penal. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1977, p. 21/22)

Desta feita, há de se observar que o Direito Penal surgiu e evoluiu como forma de proteção da sociedade moderna, com o objetivo de resguardar a equidade social, os bons costumes e, com precipuidade, restabelecer a paz e o convívio social os quais outrora já haviam sido afrontados.

Nessa esteira, erige-se o escólio na dicção de Claus Roxin:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla. (ROXIN, 2013, p. 16/17)

Conforme é cediço, por meio do Direito Penal o Estado passou a ter o poder e dever de punir sem, entretanto, exercer um caráter subjetivo ou diferenciador acerca de qual indivíduo seria ou não merecedor das sanções penais. Ao Estado incumbe a função de zelar pela ordem pública, fazendo sempre valer a aplicação das leis, sujeitando a todos, de maneira igualitária e sem qualquer distinção.

O Direito Penal, por sua vez, só deverá ser utilizado pelo Estado, por meio de seu *ius puniendi*, quando, de fato, for indispensável sua aplicação para proteção de determinado bem jurídico, visto que o referido ramo do direito público só deve ser invocado quando outros ramos do Direito não mais forem suficientes para resguardar o bem tutelado. Ademais, pode-se afirmar que bem jurídico penal é aquele dotado de importância elevada pela Constituição da República:

Norte que nos permite identificar o bem jurídico que merece a tutela penal só pode ser encontrado na Constituição da República. Assim, é a Constituição que serve de guia para identificar os bens jurídicos dignos de tutela penal e, com isso, limitar o poder do legislador de tipificar ações ou omissões. (CUSTÓDIO; MENDONÇA, 2015, p. 7)

No mesmo sentido:

O Estado só fará incidir a sanção penal quando verificar a indispensabilidade da proteção a ser dada ao bem jurídico essencial, ou seja, a necessidade concreta de proteção pela via sancionatória penal. Não é só pelo fato de ocorrer a violação do bem jurídico essencial que incidirá a sanção penal, pois essa somente ocorrerá quando for indispensável.

[...]

Desta maneira, é certo que o Direito Penal protege os bens jurídicos essenciais, mas correto é que a sanção penal, que simboliza a proteção em si, só atuará quando o caso trazer a necessidade ou indispensabilidade. A função de indispensável proteção de bens jurídicos essenciais reforça o princípio da intervenção mínima (subsidiariedade e fragmentariedade), que permeia o Direito Penal, reservando a atuação deste para os casos indispensáveis, onde realmente se revelam insuficientes as tutelas extrapenais. Assim, protege os bens jurídicos essenciais, e não quaisquer bens, e ainda, somente contra determinadas configurações de agressão. Referida função se apresenta como um fundamento autêntico do regime estatal social e democrático, e isso traz como consequência que o tipo penal incriminador que não contenha um bem jurídico claramente definido e delimitado é nulo por ser materialmente inconstitucional, e a sanção ligada à ofensa do bem jurídico somente poderá incidir quando indispensável e necessária à proteção dele. (VIEIRA, 2012, p. 3/4)

O objetivo da legislação moderna é analisar o comportamento do ser humano para que possa classificar a atitude desfavorável como passível de proteção do Direito Penal, sem que o Estado atue com uma simples discricionariedade, garantindo que as atitudes perpetradas possam ser analisadas e julgadas para manter o livre convívio entre os pares em uma sociedade civilizada. Ao definir bens jurídicos, Claus Roxin discorre a respeito:

De tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.

Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino de bens jurídicos. Eles não são elementos portadores de sentido como frequentemente se supõe – se eles o fossem, não poderiam ser lesionados de algum modo –, mas circunstâncias reais dadas: a vida, a integridade corporal ou o poder de disposição sobre os bens materiais (propriedade). (ROXIN, 2013, p. 17/18)

Destarte, o Direito Penal é dotado da característica da *ultima ratio*, ou seja, só terá cabimento em último caso, quando não mais houver condições de aplicabilidade de outra disciplina jurídica. Porém, no presente estudo, atenta-se para tal assunto em capítulo próprio, competindo-nos aqui traçar um paralelo entre a disciplina penal e outros ramos jurídicos, com o fito de explanar os limites de aplicabilidade, antes de adentrar em tópico específico acerca do Direito Ambiental e do Direito Penal Ambiental e suas respectivas particularidades.

O Direito, em sua totalidade, é dividido em várias áreas o que, *per si*, acaba por dificultar, não raras vezes, as decisões jurídicas que, em certos casos, fazem parte de um entrelaçamento de duas ou mais áreas distintas.

A divisão do direito em várias áreas é dominante nos estudos e prática jurídica. E isso dificulta a aplicação das decisões históricas, e, portanto, da integridade histórica do direito, pois o juiz não poderá utilizar-se de uma jurisprudência de outra área do direito que não seja a que o caso em questão foi colocada e quando duas áreas se encontram em pesos iguais para dar a decisão, se não houver uma relação interdisciplinar de formação do conhecimento, não haverá do entendimento jurídico, ele aplicará uma área e acaba por ignorar a outra. (CUSTÓDIO; MENDONÇA, 2015, p. 4)

A interdisciplinaridade por vezes parece estar distante. Nada obstante, com o passar dos anos e com o avanço desenfreado de novas tendências tecnológicas, mostra-se cada vez mais necessária a aplicação multidisciplinar de várias áreas jurídicas para sanar os imbróglios que surgem.

O Direito Penal, como disciplina jurídica de caráter precipuamente punitivo e repressor, não raras vezes acaba sendo utilizado juntamente com outras áreas jurídicas, com o objetivo – quiçá às vezes simbólico – de assegurar de maneira mais célere e eficaz a restituição da ordem pública.

O Direito Penal, a partir da década de 20 do último século, experimentou uma significativa expansão. Estendeu-se sobre áreas de atividade humana ressignificadas e outras criadas a partir do surgimento de novas tecnologias. Ações lesivas ao meio ambiente e à ordem econômica são exemplos do primeiro grupo. Ações lesivas à integridade do patrimônio genético humano é um exemplo do segundo. (CUSTÓDIO; MENDONÇA, 2015, p. 6)

Ainda, cumpre registrar que a utilização do ordenamento penalista é visto por muitos e, principalmente, por aqueles que não se enquadram nas condutas aceitáveis preconizadas pela sociedade, como uma forma de pressão e coação dentro, logicamente, do caráter repressor impregnado ao suscitado ramo do Direito.

Partindo dessa mesma premissa, apresenta Roxin sua abalizada doutrina, *in verbis*:

De todas as áreas jurídicas, o Direito Penal é a mais conhecida e, para aqueles que não são juristas, a mais interessante. Crimes de impacto espetacular excitam as pessoas, relatos de crimes (desde os romances policiais até a série televisiva “Arquivo XY – não resolvido”) interessam um vasto público. Contudo, da mesma forma muitas pessoas gostam sobremaneira de se ocupar com a criminalidade no papel de julgadores não envolvidos, o indivíduo não gostaria de ter que lidar pessoalmente com a justiça penal, pois todos sabem os efeitos permanentes (e, muitas vezes, indesejáveis) que uma punição pode trazer para sua posição social e para a sua vida privada. (ROXIN *et al*, 2007, p. 3)

Impende esclarecer que no presente estudo analisa-se a interdisciplinaridade entre o Direito Penal e o Direito Ambiental, no que diz respeito à aplicabilidade de ambos na proteção do meio ambiente e, em especial, dos recursos hídricos, sempre levando em consideração a proteção do bem (ou bens) jurídico penal a ser tutelado pelo Direito Penal Ambiental.

Por sua vez, definir bem jurídico não é algo simples e muito menos exato. Pelo fato de o Direito ser uma ciência social aplicada, dotada de características peculiares e mutáveis, a conceituação de bem jurídico o acompanha, moldando-se com o passar dos anos à evolução tanto do ser humano quanto da sociedade e da própria normatização jurídica penal.

Nessa toada, o Direito Penal sofre mutações de acordo com as necessidades clamadas pelo Estado, sempre tendo participações no que tange à proteção daquilo que por ora padece de sua tutela. Por isso, ao exaltar o meio ambiente como um direito fundamental na Magna Carta, automaticamente o elevou a um patamar tal que, por consequência, faz jus, mesmo que como *ultima ratio*, à proteção do Direito Penal e, por isso, sua interdisciplinaridade com a disciplina fim, qual seja, o Direito Ambiental.

Destarte, as mudanças ocorridas com o passar dos anos, o desenvolvimento desenfreado da era globalizada, exigiram do Direito Penal que direcionasse a atenção para a proteção de “novos interesses.”²

Portanto, o meio ambiente está inserido nesse novo contexto de proteção exigido do Direito Penal. Considerado como direito difuso³ e de caráter fundamental e essencial à sadia qualidade de vida e por sofrer intervenções que colocam em risco sua manutenção, passou então a ser considerado bem jurídico apto a ser tutelado pelo Direito Penal, merecendo, portanto, “proteção penal somente enquanto condição necessária para o desenvolvimento humano” (SÁNCHEZ, 2002, p. 81).

Dessa forma, não é qualquer lesão a bens jurídicos que acarretará a atuação do Direito Penal, mas apenas aquelas lesões ou ameaças de lesões consideradas relevantes e justificadoras da sanção penal. Passamos, portanto, a encontrar a noção de bem jurídico penal como aquela espécie de bem jurídico cuja importância fosse considerada vital para a manutenção da sociedade e que é objeto da proteção das leis penais. Essa noção de bem jurídico penal é verdadeiramente limitadora do poder estatal de aplicar a sanção penal e é uma das garantias fundamentais dos cidadãos, a qual que não poderá ser abandonada em um Estado Democrático de Direito. O

² Expressão utilizada por Jesús-María Silva Sánchez para descrever em tópico específico os novos direcionamentos de proteção do Direito Penal, na obra *A expansão do Direito Penal*.

³ Conceituação a respeito da categoria de direitos e interesses que ultrapassam a esfera individual, cuja defesa será coletiva.

desenvolvimento dessa visão nos dias de hoje consta no Princípio da Ofensividade, pelo qual o Direito Penal somente poderá atuar diante de lesões ou ameaças de lesões aos bens jurídicos penais. Esse princípio, também chamado de intervenção penal mínima, deve ser entendido como uma limitação ao direito de punir do Estado em favor dos cidadãos, uma garantia da cidadania perante a Administração do Estado. A conduta praticada pela pessoa para acarretar a sanção penal deve lesionar ou ameaçar bens jurídicos penais, aqueles dotados de dignidade penal ou, melhor dizendo, de relevância penal. Essa relevância dá-se por meio da carência da tutela, ou seja, da necessidade da proteção penal do bem jurídico. Caso a proteção possa ser efetuada adequadamente por intermédio dos outros ramos do Direito, como o Direito Civil ou o Direito Administrativo, não deverá haver a intervenção do Direito Penal. (SMANIO, 2016, p. 20)

Nota-se, dessa feita, que o Direito Penal é cada vez mais direcionado à proteção daqueles bens que necessitam de uma célere e urgente intervenção, quando principalmente outros ramos jurídicos não se mostrarem aptos para tal. Na mesma seara, o Direito Penal acompanha a evolução do mundo e se expande de maneira tal que possa se adequar à proteção dos bens jurídicos mais importantes das gerações, tanto atuais como as vindouras.

É insofismável que, a despeito das indagações no âmbito da Criminologia, o cerne do Direito Penal posto é a imposição da pena restritiva de liberdade. No entanto, vale salientar que as penas consignadas na lei de crimes ambientais têm sempre natureza pecuniária ou restritiva de direitos. Logo, não é necessária a morosa persecução penal para aplicarem-se essas penas, com todos os meios recursais e garantias fundamentais inerentes que não podem ser simplesmente atropeladas. Muito mais efetivo seria aplicar o direito extrapenal bastando o nexos de causalidade entre o dano ambiental e a conduta do agente e a aferição de culpabilidade. Aliás, em casos legalmente determinados, não prescinde nem sequer de prova de culpa, incidindo-se a responsabilidade objetiva – instituto rechaçado no âmbito penal.

Os bens jurídicos aqui referidos (coletivos) são logicamente derivados de bens jurídicos individuais, os quais, de maneira antagônica, necessitam não raras vezes de uma atuação mais contundente do Direito Penal, todavia mantendo-se ainda sua característica de *ultima ratio*. No caso da proteção dos bens jurídicos coletivos, o Direito Penal legitima-se; acentua, contudo, seu caráter fragmentário, porquanto se torna impossível desempenhar qualquer papel preventivo que seja capaz de conter o avanço da globalização.

Por isso – diz-se – há que conferir a outros ramos de direito a tarefa de oferecer às gerações vindouras hipóteses acrescidas de subsistência e de progresso. Logo ao direito civil, muito mais indulgente que o direito penal na aferição da responsabilidade e muito menos exigente na sua individualização; e de resto, como direito privado, particularmente adequado ao tratamento de questões que, na sua grande maioria, emergem do «mercado» e têm nele a sua origem. Mas sobretudo ao direito administrativo – porventura intensificado na sua vertente sancionatória, em nome de um Interventionsrecht –, a quem cabe por excelência, dada a sua natureza de braço executivo da própria Administração, a ponderação de milhares e milhares

de situações conflituantes entre os interesses mais vitais da sociedade e os legítimos interesses dos administrados; e que por isso estará em posição inigualável para levar a cabo uma política de prevenção dos riscos globais.

[...]

Desta consideração logo deriva outra consequência: restringida embora à tutela fragmentária de bens colectivos, a protecção que o direito penal está em medida de oferecer às gerações futuras não pode ser absoluta. Face às condições de complexidade, de massificação e de globalidade da sociedade contemporânea, às quais estão ligadas uma multiplicidade e uma diversidade inumeráveis de condutas potencialmente lesivas de valores fundamentais inerentes à própria existência do Homem, o direito penal tem de distinguir, para delimitação do âmbito de protecção da norma, entre ofensas admissíveis e ofensas inadmissíveis, limitando-se à criminalização destas últimas. (DIAS, p. 48/50)

Respeitar e manter os princípios penais, valer-se do Direito Penal como “instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes” (SÁNCHEZ, 2002, p. 27), a fim de garantir a aplicabilidade da norma penal apenas em situações nas quais outros ramos jurídicos não mais possam atuar sempre foi e continuará sendo a dogmática e diretriz básica e norteadora da disciplina penalista, quer seja na proteção de bens jurídicos individuais quer, principalmente, no que couber à proteção de bens jurídicos coletivos.

2.2 Direito Ambiental: surgimento, necessidade e aplicabilidade

A natureza sempre foi fonte inesgotável de sobrevivência (pelo menos assim se pensava) para todos os seres. Porém, o homem, quiçá por considerar que o “gratuitamente” oferecido poderia qualquer um, a qualquer custo, desfrutar livremente e como melhor entendesse, começou a devastar o meio ambiente sem, entretanto, pensar que a reprodução seria contínua e o aumento populacional de toda e qualquer espécie era, de fato, uma consequência natural. Dessa forma, em determinados momentos, o homem conseguiu interromper o crescimento populacional de algumas espécies e, inclusive, prejudicar a sobrevivência humana.

Partindo da teoria positivista de que o meio molda o ser, seria talvez mais fácil para se encontrar um “bode expiatório” pelo possível travamento do desenvolvimento e consequente preocupação atual com o meio ambiente como um todo.

Entretanto, com o passar dos anos diversas teorias a respeito do homem e sua evolução foram surgindo e começou-se, então, a perceber que não era a natureza a responsável por atitudes irracionais e ambiciosas do ser humano, mas sim o próprio ser que aprimorava suas técnicas gradativamente para conseguir alcançar objetivos cada vez mais ambiciosos.

O labor passou a necessitar de diversas formas de exploração, necessitando-se que houvesse uma distinção entre classes sociais e conseqüentemente uma exploração de mão de obra.

O homem, no princípio, bem antes de um desenvolvimento econômico moldado em máquinas, começou a explorar seu semelhante e com isso percebia que quanto mais explorava, mais devastava e mais conseguia enriquecer.

A era globalizada, o avanço tecnológico e o acréscimo populacional acelerado sempre foram importantes para, proporcionalmente, possibilitar às nações um avanço econômico e com isso desencadear obviamente um desenvolvimento. Todavia, mister se faz observar as características de cada tipo de alargamento tanto econômico como populacional e suas respectivas vantagens e conseqüências para o coletivo:

A palavra crescimento abrange, para alguns autores, todas as formas de progresso econômico, quer respeitem às economias evoluídas, quer respeitem a países menos desenvolvidos. Já para outros autores, segundo o mesmo verbete, o crescimento implica sempre transformações estruturais, havendo apenas países em fases de desenvolvimento diferentes e com diversas estruturas econômicas, sociais e políticas. Mas para outro grupo de autores, crescimento traduz-se pelo incremento, a longo prazo, da população e do produto *per capita*. Em sentido amplo, entenda-se por produto o conjunto de todos os bens e serviços resultantes da atividade produtiva de um indivíduo, empresa ou nação. Distinguindo o mero crescimento do desenvolvimento, Eros Grau afirma que a ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas, mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento poderia levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não poderia o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este último, meramente quantitativo, corresponderia a uma parcela da noção de desenvolvimento. (RISTER, 2007, p. 1/2)

Com efeito, esse era o caminho “natural” e essencial para que se alcançasse o progresso. Ou seja, era preciso que os mais adaptados ao ecossistema se impusessem àqueles desfavorecidos, para que situações promissoras sob a ótica econômica (talvez em um primeiro momento mais egoísta) pudessem ser criadas.

Assim, a escassez faria parte da natureza e a luta pela sobrevivência extingiria os mais fracos. Se assim não fosse, não haveria incentivo natural para que o homem sáisse da preguiça e se esforçasse para construir uma civilização. Malthus transformou as necessidades do Capitalismo em expressão matemática, justificando o liberalismo, pois era preciso que o Estado deixasse o processo econômico correr livre para que os fracos desaparecessem e permanecessem somente os fortes, que possibilitariam o desenvolvimento social. Darwin baseou-se em Malthus para criar a teoria da seleção natural: mutações ao acaso ocorriam nos indivíduos e apenas os mais aptos seriam capazes de vencer a luta contra a escassez, gerando, assim, mais

prole e impondo seus genes à espécie. Os sobreviventes seriam aqueles mais eficientes, o que justificava, por meio de leis naturais, o liberalismo [...] Não haveria mais uma predestinação. Apesar de o indivíduo ter seu comportamento determinado por seus genes, ele dependia, também, do meio para sobreviver e, portanto, de seu trabalho árduo. O progresso seria o resultado da seleção natural a burguesia, mais uma vez, tinha sustentação teórica para a realização do desiderato de exploração da natureza. (FARIAS, 2005, p. 119)

O modelo capitalista instituiu a ideologia do consumo voltada para diretrizes organizacionais de que quanto mais novo e mais moderno, melhor será o material a ser adquirido ou a se adquirir. Essa ideia repercute no ecossistema, uma vez que as matérias-primas por vezes utilizadas são extraídas da natureza. E o ser humano passa então a basear sua felicidade pura e simplesmente no consumo desenfreado de bens, não se importando com as consequências impostas à natureza.

A época atual, com o predomínio da cultura de consumo, faz brotar a errônea apreciação no imaginário popular de que a busca da felicidade está em adquirir os últimos produtos estampados em anúncios publicitários. No mesmo sentido, a dignidade do ser humano deixa de ser algo incomensurável para ser medida de acordo com a capacidade de consumo, gerando classes de seres humanos de acordo com suas condições de obter bens. (CAGLIARI *et al*, 2010, p. 278)

Então, pautado por esse desenfreado crescimento econômico e populacional, atrelado a um consumo sem limites, mostrou-se necessária a criação de uma disciplina jurídica consistente em elevar o meio ambiente a um patamar jurídico apto a ser resguardado por uma disciplina própria.

Por consequência, surge o Direito Ambiental, matéria relativamente nova nos ordenamentos jurídicos que tem o objetivo de proteger o meio ambiente para as gerações de seu tempo e as gerações que estão por vir. Nascida da consciência humana e de necessidades de proteção de bens inerentes às espécies que habitam o planeta, a disciplina é direcionada para o futuro, legitimadora do direito de conservar o que ainda resta e criar mecanismos suficientes e capazes de assegurar um futuro de sustentabilidade.

O Direito Ambiental, nesse sentido, é resultado justamente de uma história social, cultural e política que lhe é anterior e que lhe foi também determinante. A sua razão de ser reside justamente em tal legitimação político-comunitária antecedente, ou seja, há relação direta de causalidade entre a ocorrência da poluição e degradação ecológica, a mobilização social em prol da proteção da Natureza e a regulação normativa da matéria. Em outras palavras, o despertar da *consciência ecológica* mediante práticas sociais consolidou os valores ecológicos no espaço político, alcançando, posteriormente, também o universo jurídico. Esse percurso histórico-evolutivo, somado a inúmeros outros fatores, formatou a proteção jurídica do ambiente e conduziu, num momento posterior, à consagração do Direito Ambiental propriamente dito. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 147/148)

Em decorrência das mutações inerentes a qualquer disciplina jurídica (não seria diferente no âmbito do Direito Ambiental), os tempos trouxeram limitações à referida matéria, exigindo assim mudanças na aplicação e encontros para discussões aptas a reorganizar e melhor direcionar a aplicabilidade dos institutos nas mais variadas nações.

O “despertar” na esfera comunitária para os valores ecológicos e até mesmo para uma ética ecológica, em curso desde as Décadas de 1960 e 1970 nos EUA e na Europa Ocidental, conforme tratamos em tópico precedente, impulsionou, pouco tempo depois, a consagração de legislações nacionais com propósitos nitidamente ecológico em tais países. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 148)

No mesmo sentido:

As primeiras indústrias surgiram em uma época em que os problemas ambientais eram de pequena expressão, em virtude das reduzidas escalas de produção e das populações comparativamente menores e pouco concentradas. As exigências ambientais eram poucas e a fumaça das chaminés era um símbolo de progresso, apregoada orgulhosamente na propaganda de diversas indústrias. O agravamento dos problemas ambientais veio alterar profundamente este quadro, gerando um nível crescente de exigências. A nova consciência ambiental, surgida no bojo das transformações culturais que ocorreram nas décadas de 60 e 70, ganhou dimensão e situou a proteção do meio ambiente como um dos princípios mais fundamentais do homem moderno. Na nova cultura, a fumaça passou a ser vista como anomalia e não mais como uma vantagem. Dessa forma, as empresas passaram a se preocupar com a questão ambiental e procuraram desenvolver atividades no sentido de atender a essa nova crescente demanda de seu ambiente externo. (DONAIRE, 1994, p. 69)

Assim, após estudos, seminários e discussões do tema, principalmente a partir da década de 1970, pôde-se chegar à conclusão de que o Direito Ambiental é uma disciplina ampla e que abrange com seus princípios a garantia constitucional de uma sadia qualidade de vida e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Direito Ambiental é um Direito Sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da Fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar esses temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação. (MACHADO, 2014, p. 58/59)

Diferentemente do Direito Penal, que como visto adota o caráter repressor, o Direito Ambiental ainda possui como característica inerente à sua matéria o princípio da precaução, agindo assim antecipadamente, prevendo e evitando riscos na origem do que possa vir a ser

um problema concreto. Isso se mostra pertinente ao tema uma vez que, não raro, a recuperação do dano se mostra praticamente impossível, recomendando-se assim, além da prevenção, também a precaução.

Observa-se a aparição da precaução, princípio que como dito norteia a disciplina ambiental, desde uma das primeiras e principais reuniões acerca da proteção do meio ambiente, qual seja, a Declaração da Rio 92 (ONU, 1992a), que serviu como diretriz para os ordenamentos jurídicos dos Estados:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (ONU, 1992a)

Nota-se dessa forma que o Direito Ambiental, por sua forma ainda incipiente, muitas vezes presta-se do “auxílio” de outras esferas jurídicas, para que possa se complementar e ser aplicado na proteção dos ecossistemas, garantindo dessa maneira a preservação dos meios naturais e conseqüentemente a vida dos seres que habitam o planeta.

De mais a mais, tem aplicabilidade extensa e preza pelo desenvolvimento, porém um desenvolvimento diferente daquele de tempos outrora, que antes da década de 70, *e.g.*, era justificado pelo prisma dos interesses econômicos, e hoje é voltado para o viés da sustentabilidade, que garante não só a manutenção das gerações atuais, como também das gerações futuras. O chamado desenvolvimento sustentável, hoje aplicado às dogmáticas jurídicas ambientais, é nos dizeres de Sachs um modelo empiricamente:

Incompatível com o jogo sem restrições das forças do mercado. Os mercados são assaz míopes para transcender os curtos prazos e cegos para quaisquer considerações que não sejam lucros e a eficiência smithiana de alocação de recursos. (SACHS, 2009, p 55).

O homem, então, passou a conceber a ideia de que, mesmo que tardiamente, para progredir não precisa necessariamente acabar com o ecossistema. Sachs ilustra isso ao responder que “o uso produtivo não necessariamente precisa prejudicar o meio ambiente ou destruir a diversidade, se tivermos consciência de que todas as nossas atividades econômicas estão solidamente fincadas no ambiente natural” (*ibidem*, p. 32).

Comporta-se a disciplina ambiental de maneira apta a resguardar o desenvolvimento, porém com o afínco e caracteres de sustentabilidade, requisitos intrínsecos a um meio ambiente equilibrado e saudável, que possa proporcionar uma qualidade de vida digna às

gerações que hoje anseiam por um futuro melhor para aquelas vindouras. Diretrizes essas respaldadas pelos princípios que sustentam o Direito Ambiental e emergem, também, na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente de 1970.

2.3 Direito Penal Ambiental: evolução, proteção das gerações futuras e inserção no ordenamento pátrio

Conforme já esposado, o Direito Penal Ambiental surgiu em uma época na qual era incontável o crescimento da massa e também aumentava consideravelmente a população e a industrialização. Posto isso, começou a haver uma pressão midiática apta a transformar o meio ambiente em tema fundamental e de alta monta, associando-se a isso a expansão do Direito Penal e sua consequente adequação ao novo modelo de sociedade proveniente da era globalizada e da ruptura com os primevos.

O meio ambiente clama por uma proteção e faz-se mister a observância de uma normatização jurídica adequada para tal. Seria o Direito Penal aplicado ao meio ambiente, tornando-se a matéria de cunho Penal Ambiental a mais legítima para isso?

Silva Sánchez elucida no tocante à prevalência do Direito Penal na era globalizada e inerente aos novos ramos jurídicos que surgem, *in verbis*:

Ante a natureza econômica dos fenômenos da globalização e da integração, o Direito Penal é, obviamente, um produto político e, em particular, um produto dos Estados nacionais do século XIX, que adquire sua última conformação nas codificações respectivas. Dessa forma, assistimos à caracterização da maneira pela qual, de um Direito nacional, que aparece como o último bastião da soberania nacional, afronta um problema transnacional. (SÁNCHEZ, 2002, p. 80/81)

A doutrina, entretanto, não é unânime nesse sentido e não há uma exatidão e uniformidade quanto aos tipos penais aplicáveis na nova disciplina jurídica. A verdade, porém, é que surgiu uma nova forma de sociedade, rompendo com um passado não tão distante e que presencia cada vez mais as ameaças que a globalização desenfreada provoca no ecossistema.

Com efeito, foi necessária a aparição e a criação de um ordenamento jurídico capaz de resguardar o meio social e o ambiental, frente às rupturas que o avanço industrial engendrou, principalmente a partir da década de 70. Disciplina esta apta não somente a resguardar o

presente, mas também as gerações que estão por vir em um período moderno com novos riscos incidentes.

A preocupação com a tutela de um bem jurídico coletivo, qual seja, o meio ambiente, de modo ainda incipiente, ultrapassa as barreiras do Direito Civil e do Direito Administrativo, resvalando-se e respaldando-se pouco a pouco no Direito Penal.

O Direito Penal Ambiental, a partir de seu surgimento, modifica a estrutura jurídica e a forma de proteção, criando mecanismos aptos a resguardar o meio ambiente também para as gerações vindouras, devendo, entretanto, sempre observar a ordem de prioridade de intervenção no que diz respeito à aplicação de outras matérias, mantendo seu caráter subsidiário. Nesse sentido, dá-se o ensinamento do catedrático Jorge Figueiredo Dias:

A questão primordial e decisiva que se suscita é a da definição do bem jurídico tutelado pelos delitos colectivos, em termos tais que consiga preservar a função de padrão crítico da incriminação que o bem jurídico tem de assumir em um direito penal democrático e liberal. A minha convicção profunda e já antiga é a de que o direito penal serve a tutela subsidiária, a par de bens jurídicos individuais, de bens jurídicos colectivos como tais. (DIAS, s.d., p. 51)

Lado outro, tendo o referido ramo jurídico como base e estrutura fundamental o Direito Penal, há de se questionar seu surgimento e adequação à nova matéria: será necessário modificar a parte geral do Direito Penal e seus respectivos princípios norteadores para melhor adequação ao novo bem jurídico (meio ambiente) a ser tutelado?

O Direito Penal Ambiental, sob esse prisma, deve se amparar nos princípios norteadores da disciplina penal, devendo, porém, adequar-se às suas peculiaridades e às novas perspectivas ontológicas quando assim o exigir.

Corroborando esse apontamento, dão-se os direcionamentos jurídicos de Daniel Borrilo que assume seu posicionamento no que tange ao Direito Penal Ambiental concernente à aplicação dos princípios penais em prol do mencionado ramo jurídico, exemplificando em sua obra jurídica o princípio da subsidiariedade, entre vários outros também aplicáveis:

El derecho penal ambiental en tanto que rama del derecho penal está sometido a los principios que rigen éste último, entre los cuales encontramos el principio de subsidiaridad, según el cual el derecho penal debe ser utilizado con precaución y luego de haberse agotado las demás vías jurídicas como las sanciones civiles (nulidad de negocios jurídicos, reparación de daños y perjuicios...) y administrativas (multas, privación de concesiones...)⁴ (BORRILLO, 2011, p. 6/7)

⁴ O Direito Penal Ambiental, enquanto ramo do Direito Penal, está sujeito aos princípios que regem o último, entre os quais o princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Direito Penal deve ser utilizado com precaução e depois de ter esgotado todas as outras vias de recurso como as penalidades civis (anulação do negócio jurídico, reparação de danos...) e administrativas (multas, privação de concessões...). (Tradução nossa)

O Direito Penal assume então novos desafios, direcionados à proteção do meio ambiente, mas sem deixar de lado suas origens e princípios, bem como o respaldo nas respectivas normas constitucionais e o seu caráter eficaz.

Não obstante, importante registrar os limites de atuação do Direito Penal quando aplicado ao meio ambiente. A referida disciplina jurídica lida diretamente com a liberdade (ou e restrição dela) do indivíduo. Por isso, sua aplicação deve sempre ser calcada não só nos interesses coletivos, mas também em especial na preservação do indivíduo, visando dessa maneira a uma aplicação mais próxima da realidade, conseguindo logicamente manter a pacificação social sem deixar de garantir, por conseguinte, as diretrizes que resguardam o indivíduo.

Nesse contexto, reforça a professora Maraluce ao descrever a tipificação arraigada na disciplina penalista: “O ato de tipificar uma ação ou omissão, definindo os contornos do ilícito penal, é das funções mais relevantes do legislador ordinário porque impacta diretamente no direito à liberdade e dignidade do indivíduo” (CUSTÓDIO; MENDONÇA, 2015, p. 7).

Quando se lida com o Direito Penal Ambiental, importante levar em consideração dentre as variantes aventadas sob a ótica dessa nova disciplina o que diz respeito aos sujeitos que nela estão inseridos. Toda disciplina, por logicidade, tem suas particularidades quanto ao tema em questão, o que não poderia ser diferente na mencionada seara.

Ao lidar com os sujeitos de uma disciplina jurídica têm-se, por óbvio, duas polaridades: ativos e passivos. Os sujeitos ativos, no Direito Penal Ambiental, podem ser tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas. Sobre as primeiras, por questões já ultrapassadas, não teceremos comentários mais aventados.

Igualmente, o presente estudo não tem o objetivo de discorrer longamente sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, pesando-nos somente uma breve explanação a respeito do tema, que, diga-se de passagem, tem atenção diferenciada e nova no Direito Penal Ambiental.

A imputação penal à pessoa jurídica demonstra-se um dos objetos de maior celeuma e, por consequência, de maior apego das elucubrações dos cultores do Direito Penal. O sistema do *Common Law* anglo-saxão admite a responsabilidade das pessoas jurídicas sem maiores problemas, haja vista a fixação de *binding precedents*, por meio do qual o órgão julgante deve seguir a orientação estabelecida na decisão anterior de outros casos semelhantes, consoante o princípio do *stare decisis et non quieta movere*. Nada obstante, no sistema

jurídico romano-germânico, ao qual o direito pátrio e a maioria dos países da Europa continental perfilham-se, há impedimentos de ordem científica, de dogmática jurídica e de legislações praticamente intransponíveis – consoante ao apotegma *societas delinquere non potest* –, que tem sido mitigado de modo atécnico por anseios de política criminal.

O advento da Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas de infrações ao meio ambiente, considerando-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica, evidencia mais um diploma legal que demonstra a exacerbação da tutela do Direito Penal em face da falta de legitimidade que alcança outras áreas jurídicas, *in casu*, precipuamente, o Direito Administrativo. Nesse diapasão, o resultado desse afã punitivista não poderia ser outro senão a carcerização exacerbada e a judicialização de conflitos que deveriam consistir em objetos naturais de outras esferas jurídicas. Jesús-María Sánchez, ao citar Jean-Claude Guillebaud, delinea esse fenômeno ao aduzir que “quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e sobretudo uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui” (SÁNCHEZ, 2011, p. 77). Nesse norte, importante registrar mais uma vez os apontamentos de Daniel Borrilo:

Pueden ser infractoras tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Aunque son éstas últimas sin lugar a dudas los principales sujetos activos de la delincuencia ambiental. En efecto, la mayoría de las conductas sancionadas por los códigos penales se refieren a las empresas industriales ya que rara vez un individuo aislado puede provocar emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales, tal como lo contempla el código penal español.⁵ (BORRILLO, 2011, p. 9)

Os sujeitos passivos, por sua vez, podem ser encarados com tamanha amplitude, pois está relacionado ao todo, ou seja, ao ente coletivo tanto no que diz respeito à presente geração quanto no que tange às gerações futuras, resguardando sempre a máxima do *in dubio pro societate*.

⁵ Eles podem vir a infringir tanto os indivíduos como as pessoas jurídicas. Embora estes últimos sejam, sem dúvida, os principais sujeitos ativos de crime ambiental. Na verdade, a maioria dos comportamentos sancionados pelos códigos penais se referem a empresas industriais, já que raramente um indivíduo isolado pode causar emissões, descargas, radiação, extração, ruído, vibrações, injeções ou depósitos na atmosfera, no solo, no subsolo ou na terra, mar ou águas subterráneas ou de bacias hidrográficas que podem prejudicar seriamente o equilíbrio dos sistemas naturais, conforme previsto no código penal espanhol. (Tradução nossa)

Há ainda que se considerar os sujeitos passivos de maneira ampla, como proteção de todas as formas de vida existentes na humanidade, como plantas, animais, ar, água, enfim tudo que possa ser tido como bem imprescindível para manutenção do planeta.

Zaffaroni discorre sobre o tema quando demonstra preocupação acerca da proteção penal ambiental para as gerações futuras e também para outros seres:

El compromiso de las generaciones futuras no sólo se produce con la lesión al medio ambiente, sino con decisiones económicas, políticas, de obra pública, etc., y no puede ser negado. De cualquier manera, queda claro que en materia ambiental es donde de manera más explícita se manifiesta, porque compromete la existencia misma de los humanos futuros y, por ende, se vuelve de innegable reconocimiento⁶.

[...]

En el derecho ambiental no puede desconocerse que hay derechos que son de los propios animales, con el de no ser matados, el de ser preservados de la crueldad, el de la conservación de la especie, etc. em este ámbito queda claro que no es el ser humano el único titular de derechos y que, por ende, hay bienes jurídicos de seres no humanos. Esto no es una novedad tan insólita como se pretende y abre el camino a um derecho mucho menos soberbio y antropocêntrico, cuya función pedagógica o formadora contribuiria a reafirmar la idea de que el ser humano es más humano em la medida e que aprende a dialogar y a respetar lo no humano sin lo cual no puede existir ni subsistir. Siempre será sano saber mantener vínculos respetuosos com nuestros primos lejanos.⁷ (ZAFFARONI, 2006, p. 150)

A proteção ao meio ambiente no ordenamento jurídico pátrio está consubstanciada com primazia na Constituição da República, especificamente em seu artigo 225, que assim prevê:

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - 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.

⁶ O compromisso das gerações futuras não se produz só com a lesão ao meio ambiente, mas sim com decisões econômicas e políticas, obras públicas, etc., e isso não pode ser negado. De qualquer forma, é claro que a matéria ambiental se manifesta mais explicitamente, porque compromete a própria existência do futuro humano e, portanto, torna-se o reconhecimento inegável. (Tradução nossa)

⁷ Em direito ambiental, não se pode negar que existem direitos que são próprios dos animais, como por exemplo de não serem maltratados, de serem preservados de crueldade, e também a conservação das espécies, etc. neste âmbito resta claro que não é o ser humano o único titular e detentor de direitos, portanto, não há direitos legais somente dos seres humanos. Isto não é uma novidade tão incomum como se pretende e abre o caminho para um direito muito menos arrogante e antropocêntrico, cujo ensinamento ou a função pedagógica de formação contribuiria para reforçar a ideia de que o ser humano é mais humano na medida em que aprende a dialogar e a respeitar a relação não humana, sem a qual não pode existir ou sobreviver. Sempre será sadio saber como manter vínculos respetuosos com nossos primos distantes. (Tradução nossa)

[...]

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 (grifei). (BRASIL, 1988)

Entretanto, não é possível afirmar que a preocupação com o meio ambiente só se iniciou com o advento da Carta Magna de 1988. O que de fato ocorreu a partir da mencionada Lei Fundamental foi o enaltecimento e atenção direcionada e detalhada sobre o tema.

É bem verdade que, nas Constituições brasileiras anteriores, sempre houve menção à proteção a bens artísticos, culturais, etc., mas só a Constituição de 1988, que usa 18 vezes o termo “meio ambiente”, introduziu a proteção global ecológica, dedicando todo um capítulo ao tema. (LANFREDI *et al*, 2004, p. 10)

Seguindo-se os preceitos constitucionais, promulgou-se a Lei Federal nº 9.605/1998 que especifica e dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Com supedâneo na Lei 9.605/1998, pode-se definir quais são os crimes contra o meio ambiente:

- a) Crimes contra a fauna (artigo 29 a 37);
- b) Crimes contra a flora (artigo 38 a 53);
- c) Poluição e outros crimes ambientais (artigo 54 a 61);
- d) Crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural (artigo 62 a 65);
- e) Crimes contra a Administração Ambiental (artigo 66 a 69-A).

Esse diploma normativo trouxe ainda inovações sobre as sanções penais, tais como o não encarceramento da pessoa física como regra, a responsabilização criminal das pessoas jurídicas e uma intervenção do Estado mais nítida.

A Lei 9.605/1998 tem como inovações marcantes a não utilização do encarceramento como norma geral para as pessoas físicas criminosas, a responsabilização penal das pessoas jurídicas e a valorização da intervenção da Administração Pública, através de autorizações, licenças e permissões. (MACHADO, 2014, p. 831)

O Direito Penal surge como forma de proteção ao meio ambiente a partir do momento em que sanções administrativas e civis não se mostram mais aptas e suficientes para conter as agressões contra a natureza.

[...] Por “dignidade penal” devemos entender que as interferências do direito penal devem ser reservadas a valores ou interesses sociais e constitucionalmente relevantes, orientados sempre pela dignidade da pessoa humana, o que também homenageia o princípio da fragmentariedade, já comentado. A “carência de tutela penal”, por sua vez, refere-se ao princípio da subsidiariedade, ou seja, a criminalização só é legítima quando não é suficiente a proteção do bem jurídico feita

por nenhum dos outros ramos do direito. A partir dessas premissas pode-se afirmar que a missão do direito penal no Estado Democrático e Social de Direito é a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes contra condutas inconciliáveis com as condições de uma convivência pacífica, livre e materialmente segura dos cidadãos. No tocante aos bens jurídicos ambientais essa tutela se faz legítima, tendo em vista que o meio ambiente está relacionado à dignidade da pessoa humana e representa as diversas manifestações de vida. (FIORILLO; CONTE, 2012, p. 19/20)

Como dito, a partir do avanço industrial e tecnológico, aliado ao crescimento constante e incontrolável da população mundial, aumentaram-se a nível avassalador os crimes cometidos contra o meio ambiente, tornando, dessa maneira, necessária a adoção de atitudes mais repressivas e em alguns momentos até mesmo subsidiárias daquelas de caráter meramente pecuniário, como as administrativas. Atitudes estas inerentes ao Direito Penal, tais como penas restritivas de direitos e a pena privativa de liberdade, a depender, logicamente, da dimensão da infração e se ela for capaz de prejudicar de maneira relevante as gerações futuras e o desenvolvimento sustentável. Nada obstante, tais tipos de medidas alternativas ou subsidiárias somente seriam admissíveis, como diversas vezes aventado, em caráter de *ultima ratio*, quando outros ramos do Direito não mais fossem suficientes para fazê-lo.

A verdade é que são tantas as agressões ao meio ambiente provocadas pela poluição do ar, do solo e da água, e suas consequências, que somente com a aplicação de sanção penal [...] Realmente, a sanção penal em determinados casos se faz necessária não só em função da relevância do bem ambiental protegido, como também de sua maior eficácia dissuasória. (FREITAS, 2012, p. 34)

Como qualquer bem jurídico, deve-se saber ao certo o que é tutelado pelo Direito Penal no que diz respeito aos crimes ambientais. Desse modo, “podemos dizer que o bem jurídico protegido é o meio ambiente em toda sua amplitude, na abrangência do conjunto” (FREITAS, 2012, p. 39).

Por fim, cumpre ressaltar, todavia, que ao analisar os crimes ambientais descritos na Lei 9.605/1998 deve o aplicador ter o cuidado necessário para interpretação da norma, uma vez que o legislador valeu-se, em determinados pontos, de conceitos amplos, devendo dessa maneira buscar supedâneo no Código Penal, como forma de complemento ou até mesmo de interpretação analógica.

[...] O legislador de 1998 é pródigo em se utilizar de conceitos amplos e indeterminados – muitas vezes eivados de improbidades técnicas, linguísticas e lógicas – permeados por cláusulas valorativas e frequentemente, vazados em normas penais em branco [...]. (PRADO, 2009, p. 142)

3 RECURSOS HÍDRICOS

Os recursos hídricos não raras vezes são considerados o principal recurso natural presente no meio ambiente. Destarte, tal constatação erigiu de estudiosos de filosofia, pairando até hoje nos ensinamentos de doutrinadores e especialistas das mais variadas áreas de conhecimento, como juristas, geógrafos, geólogos, biólogos, entre outros.

Na seara jurídica, deve-se ter conhecimento e consciência da elevada importância e magnitude das águas, visando dessa maneira – por meio da interdisciplinaridade do Direito Ambiental com o Direito Administrativo, o Direito Civil e o Direito Penal, sempre pautados pelas diretrizes constitucionais – definir qual a melhor forma de proteção e preservação dos recursos hídricos, bem como qual a punição adequada àqueles que de alguma forma prejudicarem a coletividade com o uso inadequado das águas e a sua correspondente reparação ao meio ambiente.

Com o passar das décadas, principalmente a partir dos anos sessenta, emergiu a necessidade de uma proteção dedicada e voltada às águas e às respectivas atividades que dela dependem, direta ou indiretamente, bem como uma proteção da fauna e da flora aquática.

Importante, igualmente, a ciência das limitações inerentes ao ciclo hidrológico, devendo-se introjetar na consciência humana a necessidade de adoção de medidas aptas a manter a regularidade das águas límpidas e próprias para consumo. Ademais, é justo e plausível que o Poder Público adote expedientes que promovam políticas públicas capazes de reciclar as águas e conscientizar a população.

É ainda objetivo deste capítulo analisar a legislação em vigência para aplicabilidade de sanções plausíveis e aptas a resguardar os recursos hídricos, observando sempre a preferência pela aplicabilidade de sanções de cunho extrapenal e igualmente, no âmbito do Direito Civil, que sejam capazes de ressarcir os prejuízos ambientais causados à coletividade, apresentando a evolução e edição das lei correspondentes.

3.1 Conceito, abrangência e importância: considerações iniciais pertinentes quanto ao recurso essencial à qualidade de vida hídrica, sua origem, as formas encontradas na natureza e a devida importância na manutenção desse recurso

Quando se trata de definir o conceito do tema em tela, há sempre uma polêmica envolvida: seriam “recursos hídricos” e “águas” conceitos análogos?

A discussão da conceituação foi-se estendendo à medida que foram evoluindo as relações humanas, principalmente a partir do momento em que começaram a aumentar as preocupações com o meio ambiente e com as frequentes e crescentes devastações dos recursos naturais existentes no ecossistema, entre estes as águas. Tema, inclusive, que se iniciou na segunda metade do século XX:

As preocupações ambientais são muito recentes e, considerando o tempo numa dimensão civilizatória, parecem ter sido iniciadas ontem. Foi somente na década de 60 do século passado que surgiram os primeiros alertas sobre os riscos da degradação do meio ambiente. Naquela ocasião, cerca de 60% dos recursos naturais do planeta já estavam comprometidos com o abastecimento das necessidades materiais o homem. Um sinal de que a Terra já estava próxima do seu limite. Era preciso redefinir o ritmo, a forma de consumo e de exploração dos recursos naturais, as relações do homem com a natureza, bem como do crescimento populacional para garantir condições de vida não apenas para a humanidade, mas também para as outras espécies.

[...]

Com efeito, a sustentabilidade ambiental pressupõe, antes de tudo, consciência dos riscos decorrentes da degradação ambiental perpetrada por muitos anos de exploração pelo homem sem critérios sistêmicos, e exige, urgentemente, mudanças de atitudes fundadas em novos paradigmas, dentre eles, se revelam fundamentais: a visão do coletivo, aqui incluídos não só um olhar incluyente dos demais integrantes da vida na Terra, mas também as responsabilidades para com as futuras gerações. (TEIXEIRA, 2012, p. 7/10)

No que tange à diferenciação na nomenclatura dita alhures, persiste a divergência por parte da doutrina. Há autores que defendem o posicionamento de que, quando nos referimos à água, dizemos respeito ao gênero, e a nomenclatura recursos hídricos é direcionada quando engloba a natureza de bem econômico, a exemplo de Cid Tomanik Pompeu, ao deixar destacado em sua obra que “água é o elemento natural, descomprometido com qualquer uso ou utilização. É o gênero. Recurso Hídrico é a água como bem econômico, passível de utilização para tal fim” (POMPEU, 1999, p. 602).

Já para autores como Paulo Affonso Leme Machado e Maria Luiza Machado Granziera, em suas respectivas obras jurídicas, a utilização de ambas as terminologias direcionadas para o mesmo fim e sentido conceitualmente não acarretam problemas de ordem

técnica, não sendo arrazoado tecer distinções teóricas e filosóficas que possam distanciá-las ou até mesmo confundir os aplicadores da lei, até porque, mesmo havendo distinção técnica, para o Direito não implica maiores delongas. Embasados nessas teorias, nos posicionaremos no presente estudo.

Nesse diapasão discorre Machado:

Não nos parece que essa locução deva traduzir necessariamente aproveitamento econômico do bem. Ainda que não sejam conceitos absolutamente idênticos “água” e “recursos hídricos”, empregaremos estes termos sem específica distinção, pois a lei não os empregou com uma divisão rigorosa. (MACHADO, 2014, p. 498/499)

No mesmo sentido, afirma Granziera:

Utilizamos ambas as terminologias - águas e recursos hídricos -, no singular e no plural, considerando apenas que o objeto de interesse são as águas doces, contidas nos corpos hídricos, à luz do direito administrativo brasileiro, de acordo com a delimitação do tema [...]. (GRANZIERA, 2006, p. 28)

Seria um tanto quanto clichê expressar que o ser humano e a natureza são compostos, em sua maioria, por água. Não obstante, tratando-se de tal substância, não há como negar a estreita relação existente entre a tríade: água, ser humano e natureza – haja vista que a primeira é condição essencial para a manutenção e sobrevivência de toda a espécie, logicamente, dosada a quantidade adequada para cada qual e, também, a utilização na sua forma nociva à saúde.

Nesse ínterim, nos ensina com escol o professor Carlos Geraldo Teixeira:

Dos conceitos científicos se extrai principalmente, além do conhecimento de seus elementos fundantes, a assertiva inafastável da essencialidade da água para a vida na Terra, e não só isso, sendo necessário que a água seja de boa qualidade e em quantidade suficiente para atender a todos os seus fins. Assim, a importância da água é indiscutível para a sobrevivência da humanidade e desde os tempos remotos vem despertando o interesse daqueles que se ocuparam em estudar a origem do universo. (TEIXEIRA, 2012, p. 12)

Ainda, partindo-se dos ensinamentos do aludido professor, é cediço que os primeiros estudiosos dos temas que envolviam meio ambiente e, precipuamente, a água, recurso natural em maior abundância, eram os filósofos, que tinham como direcionamento a investigação do mundo natural e firmavam a teoria de que a água era o elemento primordial do universo. Tales de Mileto foi o pioneiro a adotar e tratar de maneira sistemática a referida hipótese e “afirmava ser a água a natureza fundamental do mundo” (STROKES, 2012, p. 13).

De fato, não se sabe ao certo qual a explicação da citada teoria, mas algumas conjecturas a respeito foram elaboradas, como demonstrado na obra de Paulo José Leite Farias:

- 1 ser o único elemento que se encontra na natureza nos três estados sólido, líquido e gasoso;
- 2 Tales ter sido influenciado por antigos mitos do Egito e da Mesopotâmia (origem oriental da concepção da água), civilizações de regiões áridas e que se desenvolveram em deltas de rios e onde por isso mesmo a água aparece como fonte de vida;
- 3 que a Terra boia no Oceano, “A terra que emerge de uma vastidão ilimitada de água primeva continuará a estar rodeada de água” [...]
- 4 os alimentos e os germes serem todos úmidos [...]
- 5 razões meteorológicas pela observação do ciclo hidrológico (chuvas, rios, mares, infiltração da água no solo, evaporação)
- 6 precedentes homéricos na *Íliada* e na *Odisseia*;
- 7 razões fisiológicas, conforme teoria defendida por Aristóteles ao se referir a Tales, assinalando que todos os seres vivos dependem da água no que respeita à sua alimentação e que o sêmen é úmido, dentre outras razões [...]
- 8 A própria origem familiar fenícia de Tales, sendo os fenícios os grandes desbravadores do mar da época. (FARIAS, 2005, p. 332)

Considerando-se o pressuposto de que a água é elemento primordial, pode-se cogitar que ela deu origem aos demais seres. Assim, afirmam os professores William Freire e Daniela Lara, ao explicarem as elucubrações de Tales de Mileto:

A *physis* é a água, ou melhor a qualidade da água, o “úmido”. As observações de Tales de Mileto sobre os diferentes estados (sólido, líquido e gasoso) em que a água pode ser encontrada (passando de um estado ao outro sem perder sua identidade); o fenômeno da evaporação, em que a água é a causa do céu e de tudo nele há, e da chuva, que parece ser a causa da terra e de tudo que nela há; a constatação de que as coisas mortas secam, de que as sementes e os sêmen animal e humano são úmidos; o fenômeno das cheias que permitem que os desertos tenham plantas; a presença de fósseis no alto das montanhas; tudo isso levou Tales de Mileto a inferir que, no início, tudo era água e que a origem da vida animal se dera pela água, conformando-se assim seu pensamento filosófico sobre ser a água o princípio e o devir (da mudança ou do movimento) de todas as coisas. (FREIRE; MARTINS, 2009, p. 63)

Todavia, com o desenvolver das ciências naturais, a teoria filosófica foi aos poucos caindo por terra, tornando-se tão somente parte da mitologia e de estudos reflexivos do tema, mantendo, igualmente, a ideia de que praticamente tudo, ou pelo menos a maioria do universo e dos seres, de fato se originaram da água.

Com efeito, diversas são as explicações e os conceitos, sendo que, em suma, todos têm como objetivo central delimitar a importância da água no meio ambiente e reafirmar que sempre foi e continua sendo um recurso inerente à manutenção da vida.

Cultores dessa temática a definem como sendo “duas moléculas de hidrogênio e uma de oxigênio formam a substância química a que chamamos de água, podendo ser encontrada na biosfera nos estados sólido, gasoso e líquido” (GERALDES, 2004, p. 83).

Ainda, sobre o surgimento da água e suas formas na natureza, citamos Bergson Cardoso Guimarães:

Por meio de datação radiométrica e outros métodos, cientistas apontam no sentido de que o planeta surgiu a 4,6 bilhões de anos. Erosões, intemperismo, sedimentação, terremotos, inundações, furacões, impactos de meteoros interagiram e foram moldando a superfície da Terra. Vulcões eram responsáveis pelo lançamento na atmosfera de grandes quantidades de oxigênio e hidrogênio. Tais elementos foram se combinando para formar o vapor d'água. À medida que foi esfriando, o vapor condensou-se formando nuvens. Das densas nuvens precipitava enorme quantidade de chuva. Muita água caía dos céus. Quatro bilhões de anos atrás, a Terra estava quase totalmente coberta pelos oceanos. A água proporcionou o advento da vida no planeta. Foi exatamente nesses oceanos que, após bilhões de anos, permitiu-se a evolução da vida até chegar às formas complexas de hoje. Depois, a Terra conheceu períodos mais quentes, alternando com momentos mais frios. A água tomou três aspectos: líquido, gás (vapor) e sólido (gelo). (GUIMARÃES, 2007, p. 96)

No que diz respeito à distribuição do recurso no planeta, nos estados em que se encontra, trazemos à baila os apontamentos adotados por Celso Antônio Fiorillo e Christiany Pegoari Conte:

Em forma sólida, corresponde a 2,25% da água encontrada na biosfera; no estado gasoso, reflete somente 0,03% do total de água; sendo que é na forma líquida que se encontra na maior porcentagem de água existente na biosfera, ou seja, 97,72% do total. Neste estado, a água pode ser encontrada tanto na superfície da Terra, isto é, em mares, rios, lagos e igarapés, quanto nas regiões subterrâneas, vale dizer, em lençóis freáticos. (FIORILLO; CONTE, 2012, p. 272)

Devido ao fato de a água ser encontrada em formas e em locais diversos, os seres vivos a utilizam para as mais variadas finalidades, tais como consumo, higiene, diversão, irrigação, transporte, produção, entre outros.

Entretanto, grande parte da água encontrada no planeta possui baixo índice de aproveitamento, uma vez que a maior parte é salgada, e, por consequência, imprópria para o consumo humano e demais atividades. Noutro giro, porção da água doce que se pode utilizar está em estado de gelo nas camadas polares.

Nesse sentido, leciona o professor Márcio Luis de Oliveira:

A ciência, em suas diversas especialidades, já demonstrou que a água naturalmente potável é um recurso bastante escasso. Cerca de 97,4% do volume de água da Terra é salina; logo, não é naturalmente consumível. O restante (2,6%) é distribuído entre

geleiras, água subterrânea, água doce superficial e atmosférica. Além disso, o percentual de água potável está desigualmente distribuído pela superfície do planeta, ou seja, é abundante em determinados locais e raro em outros. (OLIVEIRA, 2014, p. 7)

Ademais, a distribuição geográfica no planeta é extremamente desigual, “havendo lugares onde os recursos hídricos são abundantes, enquanto em outros a escassez constitui problema histórico, como no caso do Oriente Médio e dos desertos espalhados pelo mundo” (VIEGAS, 2005, p. 24).

A água assume importante papel no planeta a partir do momento em que conseguimos visualizar que ela está diretamente relacionada à vida, sendo, desta feita, o primeiro requisito indispensável e inerente à manutenção da segunda.

Para a população em geral não basta, entretanto, que a água esteja disponível. Precisa-se, também, que ela seja potável e adequada ao consumo, até mesmo por ser um direito fundamental – seja por meio de tratamento químico, seja por meio da pureza da fonte de onde se originou. O docente João Hélio Ferreira Pes discorre a respeito do tema pautando-se inclusive na Teoria dos Bens Fundamentais de Ferrajoli:

É de conhecimento geral que “água potável” é como se chama a água que pode ser consumida sem riscos de se adquirirem doenças por contaminação. Ela pode ser oferecida à população com ou sem tratamento prévio, dependendo de sua origem. O tratamento da água visa a reduzir a concentração de poluentes e sais até o ponto em que não apresentem riscos para a saúde pública.

[...]

A água potável pode ser oriunda de uma fonte natural ou ser obtida através de um processo de tratamento físico e/ ou químico. Esse processo é realizado nas ETAs (Estações de Tratamento de Água), considerando a qualidade original da água, o que faz com que um ou mais processos de tratamento possam ser aplicados. Entre os principais processos de tratamento de água, podem ser citados: a decantação, a filtração, a fluoretação, a desinfecção e a floculação.

[...]

A potabilidade ou não da água é verificada por meio de diversas técnicas que são, na maioria dos ordenamentos jurídicos, positivadas em normas legais e infralegais. Essas normas que se apresentam em forma de regulamentos jurídicos definem as características necessárias para considerar a água potável. (PES, 2012, p. 4)

Imperioso e salutar afirmar que a água é um bem comum de todos e é considerada patrimônio coletivo das presentes e porvindouras gerações, não podendo desta feita nenhum ser humano utilizá-la de forma excessiva, abusiva ou sequer poluí-la ou desperdiçá-la, e nem mesmo valer-se dela como propriedade privada e, a partir disso, utilizá-la para fins lucrativos.

Responsável pela manutenção de muitas atividades inerentes a uma sadia qualidade de vida, bem como pela realização de diversas atividades produtivas e, ainda, com múltiplos

usos, a água é merecedora de proteção especial, face às constantes degradações que vem sofrendo e conseqüentemente prejuízos que são por ventura gerados.

No entanto, há uma evolução no que diz respeito à proteção das águas e, também, orientações e norteamentos no que diz respeito à proteção civil, administrativa e até mesmo àquela de cunho penalista, devendo, para cada caso e de acordo com as devidas proporções, serem aplicadas as normas – quer separadamente, quer em conjunto – sempre respeitando os ditames constitucionais vigentes.

3.2 Tutela jurídica: os conflitos pelo uso das águas e a proteção do meio ambiente aquático para as presentes e as futuras gerações

A expressão que dá título a este capítulo, qual seja, “tutela jurídica”, remete à lógica de que só existe tutela em situações em que haja ou possa haver conflitos.

O Direito surgiu de molde a regular condutas sociais e conseqüentemente manter a ordem, a paz, a tranquilidade e a segurança no convívio social, garantindo com isso a preservação de todas as espécies e, também, de todos os recursos ambientais presentes no ecossistema. É, talvez, a única forma de alterar determinados comportamentos de tempos retrógrados.

Tanto o homem como as relações que o envolvem, sejam com seus pares, sejam com o meio ambiente, são dotados de complexidade tamanha que a intersubjetividade não apresenta regras uniformes.

O Direito, por sua vez, para regular ou restabelecer as relações, é dotado da característica de ser dinâmico, apto a tutelar gradações de interesses que se alternam com o passar dos anos e, principalmente, com a evolução da sociedade. Nesse sentido, vale dizer que os interesses particulares e individuais, ao longo dos séculos, migraram para o que hoje denomina-se de interesses difusos dentre os quais está inserido o meio ambiente. Ou seja, o Direito passou a regular com mais afinco as ações em prol do coletivo do que eminentemente tutelar relações bilaterais ou contradições individualistas. A doutrinadora e professora Ada Pellegrini Grinover ensina:

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social,

de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado lugar.

Por isso, pelo aspecto sociológico o direito é geralmente apresentado com uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado *controle social*, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 25)

Embutidos no meio ambiente e em sua referida tutela estão os recursos naturais e, em especial, os recursos hídricos, que em tempos presentes clamam por proteção, seja ela vinda do órgão integrante da administração pública, seja única e exclusivamente dos particulares que das águas se valem para a maioria das tarefas inerentes ao dia a dia. Todavia, independente de qual for a parte que faz surgir a proteção, a maneira mais adequada e sugerida para tal é por meio do Direito e suas respectivas normatizações legais.

Assim como no que diz respeito à evolução da proteção jurídica do meio ambiente, que além de ser recente teve uma ascensão acelerada nas últimas décadas, os recursos hídricos caminharam na mesma esteira, qual seja, de uma tutela que podemos considerar jovem, até mesmo porque a água sempre foi tida como um bem em abundância, não gerando na consciência humana nenhum sentimento de preocupação e conseqüentemente preservação e proteção. A concepção inicial de tutela das águas era também de cunho particular e reservado, intimamente atrelado às questões valorativas e direcionadas no sentido econômico do bem natural. Ao logo dos anos, criou-se a consciência de que a água é um bem de todos e por isso o seu concernente amparo legal passou a ser de cunho coletivo.

Nesse diapasão, ensina Carlos Geraldo Teixeira:

Excetuadas as cosmovisões peculiares dos povos indígenas, a concepção inicial que inspirava a tutela da água era de cunho exclusivamente privatístico e fragmentada, que evolui, tardiamente e em ritmo lento – mais decorrente de influxos, recomendações e pressões de organismos internacionais – para uma concepção publicista e sistêmica, rompendo o paradigma individualista, caminhando para uma proteção constitucional que passa a considerar o meio ambiente, ecologicamente equilibrado, aí incluída a água, bem comum de todos. (TEIXEIRA, 2012, p. 38)

No mesmo sentido, afirma Granziera:

Quanto maior a importância de um bem à sociedade, maior a tendência a sua publicização, com vista na obtenção da tutela do Estado e da garantia de que todos poderão a ele ter acesso, de acordo com os regulamentos estabelecidos. No que se refere as águas, as coisas não se passam de forma diferente. (GRANZIERA, 2006, p. 89)

Descreve, ainda, Vladimir de Passos Freitas, fazendo alusão ao tratamento legal dispensado aos recursos hídricos no tocante à legislação pátria:

[...] não poderia a água a continuar a ter o mesmo tratamento de outrora. É inimaginável conceber sua propriedade em mão de particulares que dela possam dispor como melhor lhes aprouver. O bem, a partir da Constituição de 1988, tornou-se público, isto é, de propriedade da União e dos Estados. Seu uso não pode mais ser o que vier a ser decidido pelo proprietário do imóvel por onde flui um rio ou onde se encontrem águas subterrâneas. Evidentemente, esta conscientização não virá imediatamente. São regras de Direito seculares que estão mudando. Mas o certo é que passos importantes vêm sendo dados em tal sentido. (FREITAS, 2010, p. 167)

Diante então do acesso à Justiça em prol da proteção dos recursos hídricos como bem de todos, fez-se necessária a criação de mecanismos jurídicos e a regulamentação legal apta a resguardar tal recurso natural. Como de praxe em toda legislação, de acordo com as mutações cotidianas a regulamentação adequou-se aos ditames constitucionais para proporcionar a adequada tutela.

3.2.1 A evolução da proteção das águas no âmbito constitucional e seus desdobramentos

A Carta Magna é o supedâneo de todo ordenamento jurídico e conseqüentemente a lei máxima norteadora das legislações infraconstitucionais, as quais devem se pautar pelas diretrizes constitucionais.

As Constituições promulgadas em 1824 e 1891 não tinham em seu bojo nenhum direcionamento específico para proteção ou regulação de recursos hídricos, fazendo de maneira indireta em algumas disposições normativas menção às águas como objetos pertencentes à Coroa e regulamentos singelos a respeito de critérios de navegação. A primeira Constituição da República quanto à primazia da preservação de recursos hídricos foi a de 1934, a qual, diga-se de passagem, ainda conservava em sua essência o caráter de proteção individualista e influência privatística, mas já apontava para mudanças em direção à proteção destinada ao interesse público.

A Constituição de 1934 teve respaldo maior no tocante ao tratamento no que diz respeito aos domínios da União sobre a água, bem como a normatização e distribuição no que tange às divisões limítrofes de competência e ainda a criação de políticas públicas e norteamento para as primeiras legislações infraconstitucionais.

No artigo 5º, inciso XIX, alínea “j”, dispunha-se sobre a competência da União para legislar sobre as águas, daí inclusive o direcionamento para a criação de normas infraconstitucionais que porventura surgiriam.

Art 5º - Compete privativamente à União:

[...]

XIX - legislar sobre:

[...]

j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração. (BRASIL, 1934)

Os artigos 20 e 21, por sua vez, fixavam os bens e domínios da União e quais eram os que pertenciam e deveriam ser protegidos pelos Estados, criando-se delimitações no tocante à atuação não só da União como também dos entes federados.

Art. 20 - São do domínio da União:

[...]

II - os lagos e quaisquer correntes em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro;

III - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas fronteiriças.

Art. 21 - São do domínio dos Estados:

[...]

II - as margens dos rios e lagos navegáveis, destinadas ao uso público, se por algum título não forem do domínio federal, municipal ou particular. (BRASIL, 1988)

No que diz respeito à criação de políticas públicas, a vertente constitucional norteou a dogmática no sentido de que, não obstante houvesse abundância de recursos hídricos em terras tupiniquins, era necessário ter maior zelo com a população do norte que, por sua vez, sempre foi desprivilegiada no recebimento de águas. Por isso, era necessária uma destinação valorativa de recursos econômicos destinados àquele povo, conforme estava preceituado no artigo 177.

Art. 177 - A defesa contra os efeitos das secas nos Estados do Norte obedecerá a um plano sistemático e será permanente, ficando a cargo da União, que dependerá, com as obras e os serviços de assistência, quantia nunca inferior a quatro por cento da sua receita tributária sem aplicação especial.

§ 1º - Dessa percentagem, três quartas partes serão gastas em obras normais do plano estabelecido, e o restante será depositado em caixa especial, a fim de serem socorridos, nos termos do art. 7º, nº II, as populações atingidas pela calamidade.

[...]

§ 3º - Os Estados e Municípios compreendidos na área assolada pelas secas empregarão quatro por cento da sua receita tributária, sem aplicação especial, na assistência econômica à população respectiva. (BRASIL, 1988)

A partir da Constituinte de 1934, começam a surgir normas infraconstitucionais, principalmente de cunho civil, e também no tocante à responsabilidade administrativa.

Dentre as legislações pertinentes que foram oriundas dos ditames e norteamientos constitucionais da época, destaca-se em primeiro momento a edição em 10.7.1934 do Decreto n.º 24.643, mais conhecido como o Código das Águas, o qual, por sinal, tinha de peculiar em seu conteúdo um tratamento cogitado e esperado em prol do interesse público. Característica também de se notar no referido diploma foi a revogação que este impingiu ao Código Civil de 1916, ao revogar os artigos 563 e seguintes, bem como a alteração da classificação das águas, passando a considerá-las públicas, comuns e particulares, em oposição ao disposto no Código Civil (uso comum e dominicais).

O Código de Águas de 1934 visava a dotar o país de uma legislação adequada, de acordo com a tendência da época, que permitisse ao poder público controlar e incentivar o aproveitamento industrial das águas, bem como o potencial hidroenergético e, também, assegurava o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente d'água para as primeiras necessidades da vida e permitia a todos usar de quaisquer águas públicas, conformando-se com os regulamentos administrativos. Impunha a existência de concessão para a derivação de águas públicas. (TEIXEIRA, 2012, p. 44)

Convém ressaltar que o Código de Águas foi inspirador para outras legislações, inclusive foi pioneiro em diversas matérias de cunho ambiental. Assim, vale mencionar o que foi escrito pelo Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados José de Sena Pereira Júnior, que em seu texto faz menção a alguns importantes artigos, principalmente no tocante à discriminação e caracterização das águas em prol do coletivo:

Sobre o aproveitamento das águas públicas, o Código assegura "o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água para as primeiras necessidades de vida" (art. 34) e permite "a todos usar de quaisquer águas públicas conformando-se com os regulamentos administrativos" (art. 36, "caput"). Dispõe que "as águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes" (art. 43, "caput"), e que "a concessão para o aproveitamento das águas que se destinem a um serviço público será feita mediante concorrência pública, salvo nos casos em que as leis ou regulamentos a dispensem" (art. 44). Determina que, quando o uso depender de derivação, terá "em qualquer

hipótese preferência a derivação para o abastecimento de populações" (art. 36, § 1º), e que "a concessão, como a autorização, deve ser feita sem prejuízo da navegação", salvo nos casos que prevê (art. 48). Estabelece que "em regulamento administrativo se disporá sobre as condições de derivação, de modo a se conciliarem quanto possível os usos a que as águas se prestam" (art. 51, "caput" combinado com a alínea "a"). (JUNIOR, 2004, p.14)

A Constituição de 1937, por sua vez, manteve os termos da Carta Magna precedente no que diz respeito ao domínio das águas, fazendo pequenas modificações e inserções apenas no tocante às matérias concernentes à competência legiferante, mas nada que impusesse modificações significativas ao ordenamento Constitucional.

Conhecida por ser a Constituição mais liberal que o país já teve, a constituinte promulgada em 18 de setembro de 1946 alterou de maneira significativa alguns apontamentos instituídos pela Carta Magna de 1934 e, novamente, trouxe à lume questões pertinentes a planejamento e política pública.

Questão de relevante interesse adotado pela Constituinte daquele ano foi a alteração no que se refere à exclusão dos municípios como detentores de recursos hídricos, tornando desta feita a União como a única a que era atribuído o domínio dos lagos e correntes de água em seus terrenos ou que banhassem mais de um ente federado ou, ainda, que fossem limítrofes com outra nação, conforme estipulado no artigo 34, inciso I:

Art. 34 - incluem-se entre os bens da União:

I - os lagos e quaisquer correntes de água em terrenos do seu domínio ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro, e bem assim as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países. (BRASIL, 1946)

Já no tocante ao planejamento e às questões de políticas públicas, a alteração trazida pela Constituição de 1946 diminuiu o percentual destinado para 3% e alterou a descrição, incluindo Norte e Nordeste, conforme descrito no artigo 198:

Art. 198 - Na execução do plano de defesa contra os efeitos da denominada seca do Nordeste, a União dependerá, anualmente, com as obras e os serviços de assistência econômica e social, quantia nunca inferior a três por cento da sua renda tributária. (BRASIL, 1946)

A Constituição Republicana de 1967 não apresentou modificações em relação ao mesmo tipo de ordenamento jurídico datado de 1946 no que se referia às questões de domínio hídrico da União, mantendo-se assim inalteradas essas disposições.

Todavia, aditaram-se questões importantes no âmbito do combate a calamidades, como o artigo 8º. Todavia, não se fixaram percentuais para questões inerentes à criação de

políticas públicas ou até mesmo proteção da população desfavorecida de recursos hídricos e mais castigada pelas constantes secas.

Destacam-se os incisos XII e XIII do artigo 8º, *verbis*:

Art. 8º - Compete à União:

[...]

XII – organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações;

XIII – estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento. (BRASIL, 1967)

As mencionadas Constituições, por vezes, se alternavam no que diz respeito à tutela dos recursos hídricos. Em alguns momentos, o domínio era somente da União e a ela competia única e exclusivamente a tutela das águas. Já em outros períodos, essa tutela era compartilhada com os Estados e os Municípios.

Nesse sentido, trazemos à baila os ensinamentos de Teixeira:

O problema ainda se complicava mais em relação à água, sujeita ao “princípio da unidade do ciclo hidrológico”, que analisado pelo ponto de vista jurídico, impõe a necessidade de uma regulamentação única para tal elemento, por ser uma só água que surge no manancial, que aumenta o seu caudal até formar um rio, que se evapora para logo cair de novo, em forma de chuva, passando a aumentar o caudal de algum rio, ou caindo no mar, ou introduzindo-se na terra para formar as correntes subterrâneas que afloram na forma de um manancial. (TEIXEIRA, 2012, p. 46)

A Constituição de 1988, a mais hodierna, incorporou novos paradigmas de cunho ambiental, trazendo em seu bojo novas tendências de proteções coletivas e também com o desenvolvimento sustentável, até mesmo porque foi o ordenamento constitucional que mais refletiu os impactos ambientais incorporados pela nova era globalizada. Inclusive surgiu como marco constitucional perante outras legislações de mesma proporção em outros países, conforme observam os juristas Ribeiro e Senesi Filho:

Com a Constituição de 1988, o art. 225 vem selar a autoridade constitucional sobre a legislação ambiental brasileira. Anteriores e posteriores à Constituição, poder-se-ia distinguir leis importantes com conteúdo de proteção ambiental, que, inobstante a pouca efetividade, colocavam o Brasil num lugar destacado dentre aqueles dotados de legislação ambiental moderna. (RIBEIRO; SENESI FILHO, 2015, p. 314)

Nessa toada, mister unificar a tutela das águas ou pelo menos diminuir a âmbito de domínios, possibilitando assim maior e mais eficaz atuação dos entes envolvidos, principalmente tendo em vista que aumentava cada vez mais a tendência de publicização das

águas, tornando-se os recursos hídricos cada vez mais um tipo de bem de importância ímpar para a sociedade.

A Carta Magna vigente definiu então que todas as águas pertencem à União, aos Estados e ao Distrito Federal, ou seja, sempre de domínio público, sendo cada um responsável pela respectiva tutela em seus correspondentes territórios. Tratou ainda de alocar em artigos diferentes as competências de alcances, seja a competência para legislar (privativamente da União), seja a competência para administrar (concorrente entre União, Estados e Distrito Federal).

Com efeito, a Constituição da República de 1988 no tocante à proteção de Recursos Hídricos tão só obteve, de fato, uma diretriz eficaz nesse sentido com a implementação da Lei 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, a qual fez valer o ideal da Carta Magna: convolar em bem de domínio público os recursos hídricos.

Nesse sentido, são os apontamentos de Freitas:

Muitos anos depois da vigência do Código de Águas, ocorreu uma nova e importante alteração do tratamento da água. Refiro-me à Constituição de 1988. Nela passaram a ser consideradas bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósitos, ressalvadas, nesse caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (CF, art. 26, I). Os rios e lagos internacionais ou que banhem mais de um Estado passaram ao domínio da União (CF, art. 20, III). Acabaram assim as águas particulares ou comuns, previstas no Código Civil e no Código de Águas.

A implementação da nova ordem constitucional veio com a Lei 9.433, de 08.01.1997, conhecida como Lei dos Recursos Hídricos. No seu art. 1º ela expressamente declara que a água é bem de domínio público. O uso dos recursos hídricos sujeita-se à outorga, ou seja, a uma licença concedida pelo órgão administrativo competente. (FREITAS, 2010, p. 20)

Nessa toada, são os apontamentos da professora Ana Alice de Carli:

Nesse contexto, o diploma normativo nº 9.433/97, a Lei Nacional das Águas, estabelece como premissas inafastáveis para o implemento da Política Nacional dos Recursos Hídricos, o reconhecimento de que a água é bem de domínio público; finito; dotado de valor econômico; e seu uso deve ser prioritário ao consumo humano e dessedentação de animais.

O referido diploma normativo objetiva dar concretude ao disposto no art. 225 da Constituição Republicana de 1988, que estabelece como dever de todos a preservação do Meio Ambiente, e determina ao Poder Público a obrigação de implantar políticas públicas, no sentido de gerir e proteger o macrosistema ecológico, do qual as águas fazem parte.

A Política Nacional dos Recursos Hídricos brasileira, conforme sublinhado, funda-se na premissa de que a água é recurso natural finito e indispensável à sobrevivência das pessoas, da fauna e da flora. Assim, é condição necessária à sua preservação a efetividade de gestão séria, descentralizada e participativa, envolvendo todos os atores sociais no compromisso com uma governança sustentável. Nessa senda, a Lei nº 9.433/97, além de instituir a Política Nacional, regulamenta e sistematiza as

diversas formas de tutela dos mananciais de águas no território brasileiro. (CARLI, 2010, p. 116/117)

Ainda, baseando-se nos preceitos insculpidos na Constituição da República de 1988, foi instituído no ano de 2000 a Agência Nacional de Águas – ANA, através da Lei 9.984, que tem por objetivo implementar as políticas públicas e econômicas no que diz respeito à proteção dos recursos hídricos, fazendo valer os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais vigentes, bem como regular e fiscalizar os órgãos competentes no tocante à mencionada proteção.

3.2.2 Tutela civil

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) tratou do assunto *águas* no Capítulo V, Seção V, dos artigos 1.288 a 1.296.

O CC preceitua sobre a responsabilidade pela reparação do dano através de imposição de multas, quando causado tanto pelo poder público quanto pelo particular, em especial no tocante à poluição dos recursos hídricos, independentemente da sanção administrativa cabível.

Importante frisar que a responsabilidade civil por danos causados às águas é de cunho objetivo e solidário. No que tange à primeira característica, deve ser comprovado o fato e a autoria, não havendo necessidade de discutir se o infrator agiu ou não com culpa. Em relação à responsabilidade solidária, nos termos do artigo 942 do Código Civil, é sabido que aquele que contribuir para a degradação dos recursos hídricos responderá solidariamente com o autor do fato.

Insta registrar a possibilidade e o cabimento de Ação Civil Pública pertinente à proteção do meio ambiente, regulada pela Lei 7.347/85 a qual é proposta em favor coletivo, para proteger as águas e o meio ambiente, conforme disposto na Lei 6.938/81.

Entretanto, não é comum que sejam propostos tais tipos de ações, mesmo sabendo que elas são mecanismos aptos à proteção de recursos inerentes à sadia qualidade de vida e também necessários às gerações futuras.

Nesse sentido, posiciona-se Vladimir de Passos Freitas:

Vejamos algumas hipóteses em que poderá ser utilizada a ação civil pública para evitar ou mandar reparar danos à água doce: contaminação de águas subterrâneas

pelo mau uso de agrotóxicos, escavação de poços artesianos sem outorga, causando prejuízos a um número indeterminado de pessoas, lançamento de produtos químicos por indústria em um rio, retirada de água para fins agrícolas em desconformidade com as normas que regem a matéria e uso indevido de produtos ou substâncias tóxicas na agricultura, permitindo que alcancem o rio e o contaminem.

Em todos esses casos caberá às pessoas legitimadas na Lei de Ação Civil Pública ingressar em Juízo. Não é comum que a União, Estados ou Municípios proponham tal tipo de ação, mesmo legitimados. As ONGs, de regra, não o fazem porque têm dificuldades estruturais. Todavia, o crescimento da conscientização dos direitos da cidadania e a abertura democrática apontam para um fortalecimento dessas pessoas jurídicas. Não se tem notícias de ações propostas por autarquias, sociedades de economia mista ou empresas públicas. A hipótese é raríssima. Resta pois, o Ministério Público que, quase com exclusividade, vem figurando como autor de tais pedidos. E com muito sucesso. (FREITAS, 2010, p. 171)

Observa-se que tanto o Código Civil como legislações extravagantes possuem em seus respectivos ordenamentos as diretrizes aptas à persecução na esfera civil daqueles que vierem a causar danos aos recursos hídricos e conseqüentemente prejudicarem um bem que é de todos. Mecanismos que, por exemplo, podem ser interpostos em prol do coletivo. Porém, nota-se cada vez menos a utilização desses mecanismos de cunho civil, os quais, por sua vez, deveriam ser utilizados com mais frequência e rigor pelos operadores do Direito.

3.2.3 Tutela administrativa

A partir do momento em que a sociedade tornou-se civilizada e conferiu ao Estado o poder para regulamentar e regular as relações entre os indivíduos que a compõem, fez-se imprescindível que o Estado detivesse meios para exercer controle. Dentre esses meios está o poder de polícia, regulado pelo Direito Administrativo.

Poder de polícia diz respeito à atribuição que o Estado tem de controlar as atividades públicas e privadas exercidas na sociedade, em contrapartida dos bens e serviços cuja utilização e exploração são autorizadas e concedidas. Através do poder de polícia, o Estado exerce restrições e limitações no que diz respeito à viabilização de serviços para que eles possam ser prestados sempre de maneira a compatibilizar com o convívio harmônico em sociedade.

Em nosso ordenamento pátrio, o poder de polícia está descrito no artigo 78 da Lei 5.172/96, que assim dispõe:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (BRASIL, 1996)

Observa-se pela lei supra que o poder de polícia é ato discricionário, entretanto não pode ser ilimitado, uma vez que a atividade deve observar os limites legais impostos na Constituição da República, resguardando os direitos individuais em prol do coletivo.

O doutrinador Joel Ilan Paciornick discorre de maneira clara e objetiva sobre os atributos inerentes ao poder de polícia, *in verbis*:

São eles: a discricionariedade, que consiste no uso da liberdade conferida pela lei ao administrador público de valorar a conveniência e a oportunidade para o exercício do poder; a autoexecutoriedade do ato de polícia administrativa, que importa na possibilidade de produzir efeitos de imediato, independentemente da atuação prévia do poder judiciário; e como último atributo, a coercibilidade, pela qual a administração impõe coativamente a observância de suas medidas de polícia, pois são elas de natureza imperativa. (PACIORNICK, 2010, p. 140)

Interessa ao meio ambiente e, por conseguinte, aos recursos hídricos nele inseridos a tutela administrativa, principalmente valendo-se do poder de polícia, pois é através dele que o Estado consegue evitar a anarquia e proteger um bem jurídico inserido na Carta Magna.

Nessa toada, roga-se por um direcionamento norteado na proteção dos recursos hídricos através do Direito Administrativo, que é pautado por características que permitem punições até por meio coercitivo, como no caso aventado em tópico anterior.

Ainda, valendo-se dos ensinamentos de Paciornick, frisa-se:

Entre os bens jurídicos protegidos como de interesse social pela Carta Constitucional está o meio ambiente. Além de inserir sua defesa na base dos princípios da ordem econômica (art.170, VI), o constituinte de 1988 assegurou a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevando-o à categoria de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (art. 225).

[...]

Se a importância dada ao meio ambiente é de tal magnitude, é necessário dotar a administração de poder de polícia que se exerça também na matéria ambiental, segmento presente na vida cotidiana do cidadão.

É através do poder de polícia que o poder público protege, fundamental e precipuamente, o meio ambiente. Salvo raras exceções, a grande maioria das leis administrativas tendentes à proteção ambiental veiculam restrições ao uso da propriedade e às atividades em geral, visando ao equilíbrio ecológico. (ibidem)

No mesmo sentido, leciona Paulo Affonso Leme Machado, reiterando a necessidade de aplicação e utilização do poder de polícia no meio ambiente e, logicamente, na proteção das águas:

Poder de polícia ambiental é a atividade da administração pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes da concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. (MACHADO, 2014, p. 384)

A responsabilidade administrativa pela proteção do meio ambiente e dos recursos naturais nele inseridos está elencada no art. 70 da Lei 9.605/98, que, igualmente, faz menção aos agentes que são responsáveis pela aplicação das sanções e fiscalização, bem como elenca quem pode ser sujeito ativo para provocar o Estado:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.

§ 3º A autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de co-responsabilidade.

§ 4º As infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei. (BRASIL, 1998)

Desta feita, o norte constitucional de apuração em âmbito administrativo e, por conseguinte, a responsabilização do agente sob tal enfoque jurídico pautam-se também pela regulamentação infraconstitucional aventada em capítulo precedente. Logo, observa-se que de maneira diversa ao Direito Civil, que objetiva a reparação do dano, vale-se o legislador para, através da responsabilização administrativa, criar sanções em desfavor do infrator sem, logicamente, restringir sua liberdade, como ocorre por exemplo por meio do Direito Penal.

No tocante à tutela das águas, com base nas celeumas já explanadas, tem-se que a competência de apuração e responsabilização na esfera administrativa está regulada

principalmente pela Lei 9.433/97, que instituiu a política nacional de recursos hídricos, também conhecida como Lei das Águas.

Com efeito, nos artigos 49 e 50 da referida Lei estão discriminadas, respectivamente, as infrações administrativas e as penalidades aplicáveis:

Art. 49. Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos:

I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso;

II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes;

III - (VETADO)

IV - utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga;

V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização;

VI - fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos;

VII - infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes;

VIII - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.

Art. 50. Por infração de qualquer disposição legal ou regulamentar referentes à execução de obras e serviços hidráulicos, derivação ou utilização de recursos hídricos de domínio ou administração da União, ou pelo não atendimento das solicitações feitas, o infrator, a critério da autoridade competente, ficará sujeito às seguintes penalidades, independentemente de sua ordem de enumeração:

I - advertência por escrito, na qual serão estabelecidos prazos para correção das irregularidades;

II - multa, simples ou diária, proporcional à gravidade da infração, de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

III - embargo provisório, por prazo determinado, para execução de serviços e obras necessárias ao efetivo cumprimento das condições de outorga ou para o cumprimento de normas referentes ao uso, controle, conservação e proteção dos recursos hídricos;

IV - embargo definitivo, com revogação da outorga, se for o caso, para repor incontinenti, no seu antigo estado, os recursos hídricos, leitos e margens, nos termos dos arts. 58 e 59 do Código de Águas ou tamponar os poços de extração de água subterrânea.

§ 1º Sempre que da infração cometida resultar prejuízo a serviço público de abastecimento de água, riscos à saúde ou à vida, perecimento de bens ou animais, ou prejuízos de qualquer natureza a terceiros, a multa a ser aplicada nunca será inferior à metade do valor máximo cominado em abstrato.

§ 2º No caso dos incisos III e IV, independentemente da pena de multa, serão cobradas do infrator as despesas em que incorrer a Administração para tornar efetivas as medidas previstas nos citados incisos, na forma dos arts. 36, 53, 56 e 58 do Código de Águas, sem prejuízo de responder pela indenização dos danos a que der causa.

§ 3º Da aplicação das sanções previstas neste título caberá recurso à autoridade administrativa competente, nos termos do regulamento.

§ 4º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro. (BRASIL, 1997)

A tipificação de infrações administrativas descritas na Lei de Águas direciona a competência a respeito do instituto da outorga. A outorga é direcionada àqueles que utilizam ou captam a água diretamente em seus cursos naturais. Assim, ela é concedida a entidades públicas ou privadas que têm por finalidade repassar a água ao consumidor final, via de regra após o devido tratamento químico. Explica o assunto José de Sena Pereira Júnior:

A outorga de direitos de uso de recursos hídricos é, talvez, o instrumento mais importante para o sucesso da Política Nacional de Recursos Hídricos. Como a água, pela Constituição, é considerada um bem público, de domínio dos Estados ou da União, conforme o caso, a Política Nacional de Recursos Hídricos estabelece que, para dela fazer uso é necessária a outorga de direito pelo respectivo Poder Público. A finalidade do sistema de outorga é possibilitar que seja feita a “contabilidade” da água disponível. Como, de acordo com a realidade presente e com o texto da Lei, a água de boa qualidade é um bem escasso, seu uso tem de ser controlado e administrado, de modo a satisfazer, de forma continuada e sustentável, as necessidades da sociedade. Não há outra forma de resolver, ou administrar, os crescentes conflitos pelo uso desse precioso recurso e de preservar o efetivo direito de todo cidadão ter acesso a ele. Estão sujeitos a outorga pelo Poder Público: a derivação ou captação de parcela de água de qualquer corpo hídrico e a extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final, incluindo o abastecimento público, e para insumo de processo produtivo (para uso industrial, como matéria-prima ou para processos auxiliares, como lavagem, resfriamento, produção de vapor, etc.); o lançamento em corpo de água de esgotos e de outros resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, para diluição, transporte ou disposição final; o aproveitamento de potenciais hidrelétricos; e outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente na natureza.

[...]

É fundamental, para a aplicação eficaz do mecanismo de outorga, entender-se o conceito de usuário de recursos hídricos implicitamente adotado pela Lei das Águas. Para efeito de outorga de direito de uso de recursos hídricos, usuário é aquele que faz uso da água existente na natureza, captando-a ou utilizando alguma de suas propriedades no próprio curso de água.

[...]

Esse conceito é fundamental para a aplicação do princípio de que a água é um bem escasso e de valor econômico. Se o concessionário do serviço público de abastecimento de água tem uma quantidade desse recurso limitada pela outorga, terá de utilizá-la da maneira mais racional possível para atender aos seus usuários. Como terá de pagar de acordo com o volume captado, irá esforçar-se para reduzir perdas nos seus sistemas de adução, tratamento, reservação e distribuição de água, pois qualquer vazamento significará prejuízo. (JUNIOR, 2004, p. 16/17)

Nota-se que o legislador vale-se do Direito Administrativo para impor sanções que objetivam a preservação das águas, principalmente direcionadas a entidades coletivas – públicas ou privadas – que por sua natureza e extensão são causadoras de impactos de maior monta ao referido recurso.

Assim, compete à União e aos Estados regulamentar o uso das águas e consequentemente fiscalizar e aplicar as medidas descritas no artigo 50 da Lei das Águas àqueles que possuem autorização para explorar e repassar a água ao consumidor final, valendo-se de imposição de advertências, multas e até embargos quando necessário for.

Frisa-se que o Direito Administrativo tem recursos e mecanismos aptos a ensejar uma persecução ao ente infrator e por conseguinte manter a ordem e proteger os recursos hídricos.

3.2.4 Tutela penal das águas

Como vimos, o Direito Penal é a disciplina que tem por objetivo regular conflitos quando outros ramos jurídicos não mais conseguirem fazê-lo. Via de regra, o Direito Penal só deve ser trazido à baila para proteger bens de valor jurídico ímpar e imprescindíveis para uma convivência harmoniosa e sadia.

Nesse norte, o meio ambiente e os recursos naturais nele inseridos – em especial as águas – são logicamente bens que merecem atenção do Direito Penal. Todavia, há no ordenamento jurídico outras disciplinas de caráter sancionador, como é o caso do Direito Administrativo, que por meio do poder de polícia e de leis próprias tem o condão de obrigar o infrator – pessoa física ou jurídica – a ressarcir pelos danos causados através de imposições de caráter precipuamente pecuniário que, diferentemente do Direito Penal, não restringem a liberdade e não causam danos pessoais muitas vezes irreversíveis.

O ordenamento penalista amparado pela constituinte, em especial em seu artigo 225, que norteia a aplicação de sanções penais, editou normatizações direcionadas à proteção das águas, atuando com base na repressão e na contramão das diretrizes e princípios ambientais, que se valem primordialmente do instituto da prevenção.

Nesse sentido são as lições de Ribeiro e Senesi Filho:

Da leitura do art. 225 da Constituição, pode-se assegurar que o constituinte brasileiro quis, traduzida a aspiração e o clamor da sociedade, responder juridicamente as agressões às quais estava exposto o ambiente. A inovação está no § 3º, que determina, de forma estreita, a cominação de sanções penais e administrativas, sujeitando a elas tanto pessoas físicas, quanto jurídicas, que eventualmente causem lesão ao bem jurídico protegido. (RIBEIRO; SENESI FILHO, 2015, p. 312)

A tutela penal do meio ambiente é relativamente nova em nossos ordenamentos jurídicos e ainda produz discussões acerca da aplicabilidade, conforme orientações esposadas por Helena Regina Lobo da Costa:

O direito penal ambiental se insere nesse quadro de fenômenos recém-abrangidos ou que receberam uma nova leitura pela esfera penal, sendo fundamental verificar se e de que forma o direito penal, mantendo suas características e o respeito a seus princípios fundamentais, pode tutelar, legitimamente, o meio ambiente. (COSTA, 2010, p. 2)

Entretanto, há divergências doutrinárias no tocante à atuação do Direito Penal; de um lado, aqueles que apoiam a aplicação sistêmica e máxima da disciplina por entender que é a única forma de salvaguardar os recursos hídricos; de lado oposto, a corrente minimalista e garantista que se posiciona na aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*.

A tutela penal dos recursos hídricos fundou-se em sua maioria no que tange à poluição das águas, tópico que inclusive será tratado em capítulo próprio, cabendo-nos neste momento apenas o apontamento das legislações aplicáveis.

Com efeito, o Código Penal de 1940 – ainda em vigor – tratou da proteção dos recursos hídricos em seus artigos 161, 254, 255, 270 e 271.

O artigo 161 do diploma penal trata da questão de usurpação de águas, impondo penalidades àqueles que desviarem ou represarem água alheia:

Art. 161 - Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:
Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.
§ 1º - Na mesma pena incorre quem:
I - desvia ou represa, em proveito próprio ou de outrem, águas alheias.
(BRASIL, 1940)

Artigo relevante atualmente, em que a escassez de recursos hídricos é trazida à baila incessantemente; em prol do coletivo, deve-se observar a manutenção de um mínimo de tal recurso essencial à sadia qualidade de vida.

Marcelo Malucelli se posiciona de maneira acertada sobre o tema, ao aventar que o artigo em questão foi editado a princípio para a proteção de bens particulares, mas que sua redação em nada deixa a desejar em tempos de um olhar mais acentuado para o bem coletivo:

Interessante observar como a aplicação das normas pode sofrer alterações com o decorrer do tempo, sem que para isso sofra qualquer alteração do texto legal. Assim, ainda que o bem jurídico protegido aqui possa ser considerado em sua origem de interesse eminentemente privado, considerando sua importância para a coletividade, não se pode deixar de reconhecer que os efeitos ambientais de tais ações, em um caso concreto a ser analisado nos dias de hoje, fatalmente seriam considerados por ocasião da aplicação a pena no item “consequências do crime”. (MALUCELLI, 2010, p. 203)

O crime em comento está inserido na modalidade dolosa, ou seja, deve-se ter a intenção de usurpar ou desviar as águas e também não pode ser confundido com o crime de furto, descrito no artigo 155 do Código Penal, uma vez que, para caracterizar o primeiro, deve-se desviar ou represar e não subtrair, como é o caso do segundo tipo penal aventado.

Os artigos 254 e 255, por sua vez, tratam da questão das inundações que, quando forem causadas por ação do homem e expuserem a perigo de vida a coletividade, merecerão atenção do Direito Penal:

Art. 254 - Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de seis meses a dois anos, no caso de culpa.

Art. 255 - 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:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. (BRASIL, 1940)

Trata-se de um crime de perigo concreto, uma vez que a ação resulta em um dano ambiental que provoca alterações no cotidiano e cria situações inesperadas e perigos à sociedade. Pode ser admitido na modalidade culposa e também enseja responsabilidade de entes públicos, que, por meio de obras ou alterações, criam situações que fazem com que as águas se concentrem em local não adequado para tal.

Os artigos 270 e 271 do Código Penal, assim como os artigos 33 e 54 da Lei 9.605/98, dizem respeito à proteção dos recursos hídricos no tocante ao crime de poluição e serão retomados posteriormente neste trabalho.

Os artigos expostos no diploma penal (270 e 271) foram inseridos no capítulo dos delitos contra a saúde pública e tratam da contaminação, poluição e envenenamento de água potável. Insta ressaltar que a edição destes se deu em um contexto diferente do atual e por isso a pena fixada fora demasiadamente alta e incoerente com os parâmetros atuais.

Em 1998, ou seja, quase seis décadas após a entrada em vigor do Código Penal, foi editada a Lei 9.605/98 que trata de crimes contra o meio ambiente. A citada Lei não tratou de fazer alterações dos artigos do Código Penal no que diz respeito à proteção dos recursos hídricos, mas normatizou a questão da poluição das águas em seus artigos 33 e 54.

No artigo 33 buscou-se proteger a fauna aquática contra danos causados pelas águas, quer estejam poluídas ou contaminadas com materiais que possam culminar no óbito e extinção das espécies, admitindo-se somente a ação dolosa, a qual se consuma com o

“periclitamento da fauna ictiológica, com a efetiva degradação, com a exploração, com o fundamento de embarcações ou o lançamento de detritos” (MILARÉ; COSTA, 2013, p. 96), admitindo ainda a tentativa.

Já o artigo 54, que abrange tanto a modalidade dolosa quanto a culposa, preocupou-se em proteger os recursos hídricos contra poluição de qualquer natureza, não tratando exclusivamente de água potável como no Código Penal e ainda observando penas mais brandas que naqueles casos.

Independente do posicionamento referente à tutela penal – admissível ou não – fato inquestionável é a insuficiência ou até mesmo ausência legislativa no ordenamento pátrio de proteção dos recursos hídricos; o pouco que existe ainda padece de desatualização e inaplicabilidade.

Ou seja, a expansão do Direito Penal não se deu na mesma intensidade e velocidade das variações ambientais. E, logicamente, se pouco há na letra fria da lei, pouco também haverá nos comentários doutrinários e jurisprudenciais. Não que se queira uma expansão de leis penais e mais simbolismo; ao contrário, o que se quer é um Direito Penal que esteja à altura das demandas atuais e contemple a tutela, na medida de sua importância, do bem jurídico difuso.

3.3 Águas e direitos fundamentais: um paralelo necessário à preservação das espécies dentro do ordenamento jurídico

Direitos fundamentais são aqueles protegidos pela Constituição da República; assim, é defeso a legislação infraconstitucional alterar seu *status*. São, via de regra, a matriz de onde emergem outros direitos, e por isso invioláveis. Nos ensinamentos de Marcelo Campos Galuppo:

Direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático. (GALUPPO, 2003, p. 236)

O professor José Adércio Leite Sampaio trabalha em sua obra a noção de que os direitos fundamentais assumiram outrora diversas nomenclaturas nos mais variados países. Por vezes o conceito foi tratado como “direitos humanos”, “direitos naturais” e até mesmo

“direitos inalienáveis”. Sempre com a ideia universal de serem direitos de importância máxima e que clamavam por atenção dedicada das respectivas ordens constitucionais.

Certo é que a conceituação e a problemática vão muito além de tratar apenas de direitos elencados na ordem constitucional de um país e que merecem proteção diferenciada. Sobre as teorias aptas a discorrer sobre os direitos fundamentais, observam-se as mais variadas fontes, como bem elencado por Alexy:

Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2011, p. 31)

Observando-se essa conceituação ampla e por vezes com contextos diferenciados, Sampaio argumenta que no Brasil não foi diferente e que a teoria aqui tratada só foi confirmada com a Constituinte de 1988, mesmo assim ainda apresenta o que ele chama de “confusões terminológicas”. Nesse sentido leciona o professor:

A Era dos direitos fundamentais se confirma com a Constituição de 1988, pela adoção do título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estimulando os autores a assumirem o *novo* sobrenome dos direitos, de modo a incluir a titularidade individual e coletiva, bem como a feição liberal, social, de nacionalidade e política.

[...]

O que temos como uma das razões da terminologia variada é a necessidade de multiplicar as confusões em campo de significativo papel transformador da sociedade. É que os direitos fundamentais como sistema integrado conduzem à revelação de assimetrias de poder político, econômico e social, desmascarando relações de dominação que ficam encobertas pelas formas do direito, privado sobretudo. Esse caráter potencialmente emancipatório é neutralizado por diversionismo terminológico que, ao gerar um dicionário de difícil manuseio, obriga o custo de prévio esclarecimento da linguagem com naturais divergências de compreensão e enfoques variados que obstaculizam a sua existência real. (SAMPAIO, 2010, p. 18/20)

O professor Paulo Affonso, de maneira didática e em breve explanação, simplifica a conceituação e faz uma fusão de duas nomenclaturas usuais para tal: direitos humanos e direitos fundamentais. Dessa maneira apresenta uma conceituação interessante que a nosso ver sistematiza e conclui os ensinamentos de Alexy e Sampaio.

O direito humano fundamental é aquele que a pessoa tem não pelo seu merecimento ou pelo seu esforço, mas que entra em seu patrimônio simplesmente pelo fato de seu nascimento. Não importa onde nasce e como tenha nascido, de quem seja filho ou

filha, não se levando em conta para o exercício do direito humano a nacionalidade, a etnia e o sexo. (MACHADO, 2014, p. 505)

Analisando-se as conceituações aventadas sobre direitos fundamentais, no âmbito do meio ambiente nota-se que o artigo 225, *caput*, da Constituição da República trouxe à baila um novo direito fundamental, qual seja, o meio ambiente ecologicamente protegido. Dessa maneira, faz-se um paralelo direto com o direito fundamental à vida, ou seja, o dever de preservar o meio ambiente possibilita e condiciona o direito de manter a sadia qualidade de vida. Ainda, trazemos a lume o abalizado escólio de Paulo Afonso de Leme Machado:

O direito à vida sempre foi assegurado como direito fundamental nas Constituições Brasileiras. Na Constituição de 1988 há um avanço. Resguarda-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e é feita a introdução do direito à sadia qualidade de vida. São conceitos que precisam de normas e de políticas públicas para serem dimensionados completamente. Contudo, seus alicerces estão fincados constitucionalmente para a construção de uma sociedade política ecologicamente democrática e de direito. (MACHADO, 2014, p. 153)

Reconhecer o meio ambiente como direito fundamental é dar a ele importância ímpar, de poder e dever ser resguardado precipuamente por todos os entes e órgãos federativos, a fim de assegurar uma qualidade de vida indispensável às presentes e às futuras gerações.

Um novo direito fundamental foi acrescido pelo legislador constituinte a partir dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no art. 5º. Assim, a partir do art. 225, *caput*, eis que surge um direito com fins a assegurar o desfrute adequado das condições de vida [...]. A autoridade do direito a um meio ambiente hígido configura-se, em verdade, como alargamento do direito à vida, seja sob o prisma da existência física e saúde da humanidade, seja pela dignidade inerente a essa existência, uma vez que é a qualidade de vida que faz com que se tenha sentido a vida. Neste sentido, tal direito emana da proteção contra qualquer privação despótica da vida, mas também do fato de que, nos tempos de agora, o Estado está compelido a encontrar diretrizes capazes de garantir o acesso aos meios de sobrevivência da humanidade como um todo. Logo, com espeque em tal fundamento, o Estado tem o dever de fazer evitar a ocorrência de riscos ambientais prejudiciais à própria vida. Por esse motivo, toda a legislação infraconstitucional é hoje norteadada por tal direito, no sentido de que seja dada a essa uma interpretação coesa a partir da adoção desse direito fundamental. (GOULART; FERNANDES, 2012, p. 147)

A água, por ser recurso natural inserido no contexto ambiental, precipuamente deve ser também considerada como um direito fundamental. Portanto, volvendo-se aos primórdios, nos ensinamentos já expostos de Tales de Mileto, poderíamos inclusive traçar um paralelo e esboçar uma interpretação de que a água, por ser a origem de tudo, é fundamental em todos os conceitos, aspectos e terminologias. Então, não seria diferente no âmbito jurídico.

A vida, direito fundamental já reconhecido desde as primeiras Constituintes, está atrelada à água, a qual é indispensável para manter a vida de qualquer ser. Por isso o acesso à

água de qualidade e própria para consumo deve sempre ser garantido e por isso é importante resguardar o referido recurso natural em âmbito de proteção jurídica constitucional.

Machado dedica tópico especial em sua conceituada obra de Direito Ambiental para ratificar a importância dos recursos hídricos como espécie de direitos humanos fundamentais.

Só recentemente o papel central da água tem tido reflexão global com relação à inadequação da disponibilidade e do acesso à água como um fenômeno sério e ameaçador.

[...]

O direito a usar a água dos cursos de água para seu consumo pessoal faz parte inseparável do direito à vida, pois quem não ingere esse líquido apressa sua própria morte. A água para a “satisfação das necessidades vitais” de cada pessoa no planeta é aquela que inicialmente está nos rios, nas chuvas, no subsolo. O direito de acesso à água não pretende, e nem deve pretender, a legitimação de grupos privados ou até de instituições públicas para invadir países para obtenção de água. Procura-se a positivação de um direito natural para que ninguém – pessoa física ou jurídica de direito público ou privado – fique indiferente à situação de carência vital da água. (MACHADO, 2014, p. 505/506)

Analisando o direito internacional comparado e fazendo paralelo com a Constituição colombiana de 1991, que em vários artigos disciplina o “meio ambiente sã”, frisamos o direcionamento da Corte Constitucional daquele país que, mesmo que não tenha elencado o meio ambiente no capítulo dedicado aos Direitos Fundamentais, adotou posicionamento de considerar a água como fonte de vida e, por conseguinte, direito fundamental e inerente à vida no planeta.

Nesse sentido, a Corte Constitucional colombiana apresentou inovações, no ano de 1992, no julgamento T 578 ao expor sobre a água:

El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, la salubridad pública o la salud, es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela. En este caso el servicio de acueducto no cumple con la finalidad de satisfacer las necesidades esenciales de las personas naturales, pues en este caso la conexión o la habilitación del predio para la construcción posterior de las viviendas beneficiaría a una persona jurídica para las cuales no constituye derecho constitucional fundamental⁸. (COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia n. T-578, 1992)

⁸ A água constitui fonte da vida e a falta do serviço atenta diretamente com o direito fundamental à vida das pessoas. Assim, a utilidade pública de água e esgoto, enquanto afetam a vida das pessoas, a saúde pública ou a saúde, é um direito constitucional fundamental e, como tal, devem ser protegidos através de tutela. Neste caso, o serviço de água – esgoto – não atende a finalidade de atender as necessidades essenciais dos indivíduos, pois neste caso a conexão ou a avaliação da propriedade para a construção posterior de habitação beneficiaria uma pessoa jurídica para a qual não constitui direito constitucional fundamental. (Tradução nossa)

A doutrina brasileira segue na mesma linha de raciocínio adotada pela Corte Colombiana e adota o posicionamento de que o direito à água é inalienável e irrenunciável. Conforme preceitua Viegas, citando Irigaray:

Enquanto direito fundamental, o direito à água é inalienável e irrenunciável, e o exercício da cidadania ensejará, ao longo do tempo, uma ampliação desse direito, incompatibilizando seu exercício com a gestão meramente econômica da água. Acresça-se que não é possível a concretização da democracia dissociada da implementação dos direitos fundamentais. (VIEGAS, 2005, p. 26)

No direito interno comparado, por sua vez, podemos traçar um paralelo entre o direito de greve e a água como direito fundamental, uma vez que se percebe através do Decreto-Lei 9.070/1946, em seu artigo 3º, que os serviços relacionados à água são considerados como atividades fundamentais para a sobrevivência humana e, por isso, é restrita a paralisação quando for relacionado a tal tipo de serviço:

Art. 3º São consideradas fundamentais, para os fins desta lei, as atividades profissionais desempenhadas nos serviços de água [...]. (BRASIL, 1946)

Nesse mesmo direcionamento segue a Suprema Corte Federal, que desde 1963⁹, ou seja, antes da Constituinte, já se posicionava no sentido de confirmar que a citada Lei de 1946

⁹ O decreto-lei 9.070 de 15 de março de 1.946 **criou restrições ao exercício do direito de greve, maiores em se tratando de atividades fundamentais (água, energia elétrica, esgotos, comunicações, transportes, etc)**, e menores em atividades outras, como aquela a que diz respeito o presente litígio, quando exige que a prova seja precedida pela fase conciliatória ou pela entrada do dissídio coletivo no tribunal regional, sob pena de constituir pela falta grave, que autoriza a rescisão de contrato de trabalho. Código penal. Lei de segurança do estado, n. 1.802, de 5.1. 1.953. A constituição de 18 de setembro de 1.946 reconheceu, e certo, o direito de greve, acrescentando, porém, que o seu exercício seria regulado por lei. (art. 158). E claro, assim, que, como decidiu muitas vezes o supremo tribunal, ela não revogou as leis anteriores que reprimem os abusos daquele direito e assim lhe regulam o exercício. Revogadas estariam se a constituição assegurasse de modo absoluto o direito de greve, sem admitir restrições ao seu exercício, mas não é o que ocorre. Nem poderia ocorrer numa constituição que, mesmo quando assegura direitos essenciais ao regime vigente, tem a cautela de condicionar o seu uso ao bem-estar social (veja-se o art. 147). A constituição deu competência à união para legislar sobre as muitas matérias que indica (art. 5 n. Xv). Mas jamais se pretendeu que não continuassem em vigor as leis anteriormente promulgadas sobre tais matérias, desde que compatíveis com a carta magna. Claro que a lei nova, regulando o exercício do direito de greve, deve vir quanto antes, não só para que devidamente se proteja esse direito, mas para que igualmente se resguardem os interesses da coletividade brasileira, a fim de que não perca o regime de greves sucessivas de todos os tipos, justas ou injustas, em que temos vivido. A mesma constituição que reconhece o direito de greve, conforme regulado em lei, institui uma justiça do trabalho, em cujos órgãos garante a paridade da representação entre empregados e empregadores (art. 122 parágrafo 5) e declara competir a essa justiça conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos. (art. 123). E os preceitos constitucionais devem ser entendidos harmonicamente, de modo que um não destrua os outros. No caso em julgamento (não estão aqui em causa pontos outros em que as leis anteriores a constituição possam ser consideradas incompatíveis com esta e consequentemente derogadas), não parece que o fato de exigir a lei uma previa tentativa de conciliação ou entrada do dissídio coletivo no tribunal regional, antes da cessação do trabalho, importe proibir a greve ou negar o direito a ela, o que a lei não poderia fazer, sem violar a constituição; e apenas regular o exercício desse direito, com respeito aos interesses do bem comum. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF. RE 48207, relator: Min. Luis Gallotti, julgado em 1.1.1970, DJ 17 out. 1970)

criou, de fato, maiores restrições em relação à greve quando fosse relacionada a atividades fundamentais, como é o caso das águas.

Ressalte-se que, pelo exposto, a água é incontestavelmente um bem comum de todos e considerada patrimônio coletivo das presentes e futuras gerações. Responsável pela manutenção de muitas atividades inerentes a uma sadia qualidade de vida, com múltiplos usos, necessita portanto de um aparato jurídico que possibilite uma proteção especial, face às constantes degradações que vem sofrendo, com prejuízos incontornáveis.

3.4 Escassez de recursos hídricos: planejamento e aplicabilidade de políticas públicas para preservação das águas – um problema do século XXI

O rápido crescimento populacional, o avanço desenfreado das indústrias e a criação constante de mecanismos tecnológicos que utilizam água para funcionar fizeram crescer consideravelmente o consumo de água nas últimas décadas.

O ser humano, principal responsável pela utilização dos recursos hídricos, em tempos outrora, porém não muito distantes, tinha a percepção de que a água era infinita e consistia em ciclo renovável sem fronteiras, através do qual nunca se alcançariam limites que fossem em desencontro a um consumo excessivo. Não se entendia no passado que a degradação e a contaminação da água nos países do norte, que alcançavam seus respectivos desenvolvimentos, não sustentáveis à época, poderiam futuramente prejudicar os países integrantes do hemisfério sul e, posteriormente, criar uma situação inversa. A ideia de sustentabilidade não fazia sentido, uma vez que, ao explorar e devastar de maneira corriqueira e célere o meio ambiente, o homem alcançava de maneira proporcional o progresso enquanto ao mesmo tempo deixava de lado as garantias de vida das gerações vindouras ou sequer pensava nisso.

O professor Washington Peluso Albino de Souza já manifestava preocupação com as gerações futuras nas suas aulas de Direito Econômico:

A ideia de sustentabilidade, por seu turno, trouxe o conceito às considerações jurídicas do compromisso das gerações atuais com as gerações futuras, envolvendo a ação do homem com a natureza.

Uma das mais expressivas variantes nesse sentido toma corpo no tratamento jurídico do “meio ambiente”, como é considerada a “natureza”, em toda a sua plenitude, ou seja, com os elementos que a compõe.

Trata-se de limitar a ação do homem para a preservação dessa natureza, da qual também ele é componente, e cuja exploração desordenada, já de há muito foi definida por *Ratzel* como “atividade de rapina” dos recursos naturais, pelas atuais gerações. (SOUZA, 2005, p. 406)

A água sempre foi utilizada para as mais variadas funções, tais como higiene pessoal, limpeza urbana, lavagem de automóveis, irrigação etc. Porém, é cada vez mais notório que tal recurso natural é, de fato, finito. Essa finitude todavia se representa em um esquema geológico atrelado a um simples sistema matemático: ciclo hidrológico. O ciclo hidrológico possibilita explicar que os recursos hídricos são, de tempo em tempo, renovados, mantendo-se assim a quantidade constante de água no planeta. Todavia, o consumo e a degradação só aumentam, ou seja, cresce o consumo para a mesma quantidade de água. Logicamente, os recursos hídricos tendem a se findar ou, pelo menos, ficar escassos e de difícil acesso.

Sobre o tema, discorre José de Sena Pereira Júnior:

Atualmente, o volume de água retirado da natureza pelo homem é da ordem de 3.500 km³ por ano, quase o dobro da média de vazão de todos os cursos de água da Terra. Isto só é possível em decorrência do ciclo hidrológico, o qual renova por cerca de vinte vezes ao ano a água doce dos corpos hídricos (rios, lagos, lençóis subterrâneos, etc.).

[...]

Como já dito, a quantidade de água existente na Terra é constante e os recursos hídricos são renováveis por conta do ciclo hidrológico. Enquanto o consumo de água não exceder a capacidade de renovação natural dos aquíferos e eles não forem poluídos, poderão ser utilizados indefinidamente. No entanto, o aumento contínuo do consumo de água já esgotou a capacidade de regeneração natural dos recursos hídricos em diversas regiões do mundo. Em países como Líbia, Arábia Saudita e Israel, o gasto de água já ultrapassa o que é reciclado naturalmente em seus territórios. A escassez de água está-se tornando uma realidade em várias regiões do Planeta. Ela é mais intensa onde é mais necessária, pois as regiões pobres são, em geral, as mais secas. A falta de água não se limita mais ao norte da África, ao Oriente Médio e a outras regiões caracterizadas por extensos desertos. A maior parte da África Ocidental e Oriental e partes da China, da Índia e do México sofrem escassez crônica de água, apesar dessas regiões não serem desérticas. (JUNIOR, 2004, p. 5/7)

O homem com suas ações impõe ao ciclo hidrológico uma constante variação resultando em números negativos e por ainda cultivar o pensamento – equivocado – de que a água é uma “fonte inesgotável”, não raras vezes a utiliza de maneira inconsequente, mantendo desse modo prejuízos à coletividade e ao ecossistema como um todo.

Além do aumento da população mundial, que produz um conseqüente e natural crescimento da demanda por água, não se deve descuidar da ação humana que causa desperdício do líquido no seu manejo. Alguns exemplos do cotidiano das pessoas mostram que a soma de pequenas – ou de grandes – perdas d’água contribuem substancialmente para o implemento da referida crise. Assim ocorre quando se lava

a calçada com a mangueira aberta, em vez de fazer uso de menores quantidades de água limpando-se o chão com auxílio de vassoura; escovam-se os dentes ou faz-se a barba com água corrente; lava-se o carro com mangueira sempre aberta, quando se poderia utilizar um balde ou fechar a torneira durante a esfregação do veículo; tomam-se banhos demorados; regam-se plantas em horário impróprio, com consumo de água muito superior que o necessário, porquanto é sabido que, no começo da manhã e ao entardecer, o aproveitamento da irrigação é superior pelos vegetais, pois há menos evaporação; não se percebe ou deixa-se de tomar providências diante de vazamentos contínuos; dentre outros.

[...]

Mas não podemos esquecer que o ser humano também gera crise quando deixa de gerenciar adequadamente os recursos hídricos e quando negligencia na formulação de uma política mundial de preservação ambiental, que englobaria uma política de águas. Ou seja, o homem prejudica o meio ambiente – e a si próprio – também com sua inação. (VIEGAS, 2005, p. 33/34)

O Brasil é, de fato, um país privilegiado geograficamente no que diz respeito à distribuição de águas, mas ao mesmo tempo um dos lugares que mais detém a capacidade tendenciosa de desperdiçar tal recurso natural. Os reservatórios que abastecem os municípios estão cada vez mais vazios, a fauna e a flora que dependem diretamente da água para sobrevivência estão correndo sérios riscos de extinção. O homem está cada vez mais necessitando da água potável e esta, pela escassez, acaba tendo um preço elevado.

Num dos países mais ricos em água doce do planeta, as cidades enfrentam crises de abastecimento, das quais não escapam nem mesmo as localizadas na Região Norte, onde estão perto de 80% das descargas de água dos rios do Brasil.

[...]

Enquanto isso, os índices de perdas totais da água tratada e injetada nas redes de distribuição das cidades variam de 40% a 60% no Brasil, contra 5% a 15% nos países desenvolvidos. (REBOUÇAS, 2003, p. 342)

Com efeito, faz-se necessária a adoção de políticas de gestão de água, com o fito de que o ser humano saiba aproveitar de maneira consciente o pouco que resta, bem como faça uso de ferramentas aptas a reutilizar a água já consumida.

Nesse sentido, observa-se cada vez mais o incentivo para que as pessoas reusem a água. O reuso “artificial” é hoje considerado uma das principais políticas públicas e de grande incentivo para empresas. Nada mais é do que uma “reprodução” do ciclo hidrológico da água. Porém, quando se reutiliza uma água que já foi em determinado momento potável e posteriormente poluída, há que se observar certas limitações para seu novo uso.

Através do ciclo hidrológico a água se constitui em um recurso renovável. Quando reciclada através de sistemas naturais, é um recurso limpo e seguro que é, através da atividade antrópica, deteriorada a níveis diferentes de poluição. Entretanto, uma vez poluída, a água pode ser recuperada e reusada para fins benéficos diversos. A qualidade da água utilizada e o objeto específico do reuso, estabelecerão os níveis de

tratamento recomendados, os critérios de segurança a serem adotados e os custos de capital, operação e manutenção associados. As possibilidades e formas potenciais de reuso dependem, evidentemente, de características, condições e fatores locais, tais como decisão política, esquemas institucionais, disponibilidade técnica e fatores econômicos, sociais e culturais. (TUCCI *et al*, 2003, p. 76)

Assim como no resto do mundo, o Brasil corre sérios riscos de deixar de abastecer a população com água potável. Por isso é imprescindível a correta conservação dos recursos hídricos, prevenção e controle da poluição e principalmente adoção de políticas públicas voltadas para um desenvolvimento sustentável, como o citado exemplo do “reciclo de água”. De fato, não se pode fazer a assertiva de que há um meio correto ou mais eficaz de proteção do meio ambiente, devendo sempre ser observada uma junção de fatores e uma soma de esforços.

Não vislumbramos no Brasil a necessidade de criação de mais leis, pois entendemos que nosso sistema legislativo é amplo o suficiente em diversos ramos jurídicos, inclusive para resguardar os recursos hídricos. O que entendemos necessário é adotar políticas públicas mais eficazes, obedecendo aos ditames legais.

Entretanto, a deficiência e a má organização do Executivo criam a dependência do Poder Judiciário, que tem por competência originária fazer valer as leis que resguardam as águas contra sua má utilização. Contudo, essa proteção judicial deve-se pautar precipuamente no Direito Administrativo e no Direito Civil, que se valem de mecanismos de coerção e reparação, respectivamente, bem como têm o condão de criar obrigações até mesmo para o ente público, sempre em prol do coletivo.

3.4.1 Judicialização de políticas públicas

Em decorrência da migração do direito natural para o direito positivo, houve obviamente uma concentração de potestade na figura do Estado-Nação.

Com o objetivo de manter a ordem e assegurar o convívio social democrático, o Estado buscou uma divisão de poderes, atribuindo a cada esfera sua parcela de responsabilidade e suas obrigações.

[...] Estamos atualmente tão habituados a considerar o Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto não pelo Estado mas pela sociedade civil. E, contudo, originariamente e por um longo tempo

o direito não era posto pelo Estado: basta pensar nas normas consuetudinárias e em seu modo de formação, devido a um tipo de consenso manifestado pelo povo através de um certo comportamento constante e uniforme acompanhado da assim chamada “*opinio juris ac necessitatis*”.

[...]

Podemos, de fato, definir o direito como um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um “terceiro” (magistrado ou árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (BOBBIO, 2006, p. 27)

Essa divisão assume os contornos de funcionalidade, uma vez que o poder do Estado é uno e a divisão destes para com seus respectivos órgãos assume caráter organizacional para uma melhor otimização.

A preocupação de se evitar a concentração do poder em uma pessoa ou órgão remonta à antiguidade. O pensamento dos antigos filósofos, ainda que não tenha formado um sistema doutrinário, contribuiu para a teoria da “separação dos órgãos do poder” concebida por Montesquieu.

A cogitação mais antiga sobre a separação dos poderes surge com Aristóteles que menciona a existência de três poderes em todo o governo: o deliberativo, o executivo e o judiciário. Em sua análise adverte sobre o perigo do poder exercido pela vontade de um homem, sujeito como os demais às suas paixões. (FIUZA; COSTA, 2006, p. 169)

Todavia, essa separação de poderes que hoje se dá em termos de Poder Judiciário, Legislativo e Executivo foi ao longo dos tempos mantendo sua essência, mas perdendo forças, uma vez que, devido à globalização, faz-se necessária cada vez mais a atribuição de competências de um Poder a outro.

Essas chamadas atribuições de competências de um Poder a outro permitem que o Poder Legislativo, por exemplo, assumam funções do Poder Judiciário (ou vice-versa), devendo, entretanto, cada Poder manter suas funções principais e utilizar outras de maneira acessória ou secundária.

A separação dos órgãos de poder não pode ser entendida de modo absoluto, mas, de maneira formal. A clássica doutrina de Montesquieu não estabelece a independência plena dos três órgãos de poder. O que ocorre é uma constante interpretação entre os órgãos de poder, como uma engrenagem, de maneira que nenhum ato de governo seja de responsabilidade de um só dos órgãos de poder. O melhor exemplo pode ser ilustrado pela elaboração de uma lei: o Legislativo elabora a lei, o Executivo sanciona ou veta a lei, e o judiciário interpreta a lei com definitividade e exerce o controle de constitucionalidade.

Por isso, os três órgãos de poder são independentes no que se refere à organização de seus serviços e ao exercício das atribuições que lhe são próprias em caráter preponderante, observada a Constituição e as leis, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na consecução da contenção do poder pelo poder.

Na realidade, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário desempenham as suas funções de modo preponderantemente e não exclusivo, podendo cada um deles

realizar, excepcionalmente, uma função material do outro Poder, de maneira acessória. (FIUZA; COSTA, 2006, p. 172)

3.4.2 Conceito e aplicabilidade de judicialização de políticas públicas

Como visto, é sabido que um Poder do Estado pode assumir as funções do outro poder. A judicialização de políticas públicas, por sua vez, faz com que o Poder Judiciário interprete e aplique as leis de maneira subjetiva, podendo por vezes ampliar ou restringir o seu alcance. Nos ensinamentos do Ministro Luis Roberto Barroso:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2008)

A judicialização é um fenômeno que reporta ao fortalecimento do Judiciário, por parte de uma sociedade que busca cada vez mais respostas concretas que não podem ser solucionadas por uma grande quantidade de leis muitas vezes vagas. Na judicialização cabe ao juiz fazer o que lhe compete: decidir. Mas pode ele interpretar subjetivamente a norma, adequando-a ao caso que lhe chama atenção.

Na judicialização, o Judiciário decide, porque é o que lhe cabe fazer: na medida em que uma norma constitucional permite que dela se extraia uma pretensão subjetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. É o dever que lhe impõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. (BORGES, 2014, p. 3)

Judicializar políticas públicas, entretanto, assume contornos por vezes controversos. Juízos diferentes podem decidir sobre determinado direito fundamental ou social de maneiras opostas? Acolher a pretensão de alguém não poderia causar talvez prejuízos a outrem?

Por haver tais problemáticas, existem correntes que se contrapõem à judicialização de políticas públicas. Os que são contrários à judicialização valem-se do argumento de que o fato de o judiciário interpretar subjetivamente determinadas normas violaria de antemão a divisão de poderes. Os que defendem valem-se da argumentação de que direitos fundamentais, como a saúde, por estarem elencados na Constituição da República, por exemplo, mas não

cumpridos pelo Poder Executivo, necessitam da intervenção do Poder Judiciário para assegurar ao cidadão o cumprimento do previsto em lei.

Sobre a distinção dessas correntes, o Ministro Gilmar Mendes discorre a fim de elucidar o tema:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem 'escolhas trágicas' pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o 'mínimo existencial' de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. O fato é que o denominado problema da 'judicialização do direito à saúde' ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

[...]

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a

questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos (STF. A G. REG. na Suspensão de Segurança 4.739. Relator: Min. Gilmar Mendes).

Ilação não outra que é dever de todos os entes federativos (Municípios, Estados e União) criar políticas públicas aptas a zelar pela garantia de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, podemos inferir que o problema na maioria das vezes não é omissão de implementação de políticas públicas por parte do Poder Legislativo, mas sim ineficiência do Poder Executivo em fazer cumprir os ditames legais. Por isso, faz-se necessária a judicialização das políticas públicas, ou seja, a intervenção do Estado para assegurar as garantias fundamentais.

Nesse contexto, dá-se o teor da Ementa da decisão proferida por Celso de Mello, na ADPF - MC 45/DF:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF, ADPF 45 MC/DF. Min. Celso de Melo, DJ, 4 maio 2004)

Não obstante haver sugestão de políticas públicas e implementação legislativa para ampará-las, precisa-se de uma “peneira” apta a separar e direcionar de maneira mais eficaz e contundente para cada grupo coletivo e, em contrapartida, uma efetivação mais acirrada do Poder Executivo.

4 POLUIÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Na concepção do vulgo, a poluição é considerada a única forma de degradação ao meio ambiente. Em muitos casos, erroneamente, as pessoas se referem à poluição como sendo o único dano ambiental. Logicamente tal assertiva não traz concepção mais elaborada do tema, porquanto, como cediço, existem diversas outras formas de prejudicar o meio ambiente.

Todavia, não se pode ignorar a ideia de que a poluição é, de fato, uma das maiores causas de danos contra o meio ambiente e por isso merece atenção especial.

O avanço industrial introjetou a poluição como inerente às produções fabris, quedando-se atrelado o crescimento da poluição ao rápido desenvolvimento globalizado de modo pariforme e indissociável.

Posto isso, tornou-se necessário criar mecanismos legais aptos a resguardar o meio ambiente contra a poluição, em especial a poluição hídrica, que atinge de maneira mais célere e abrangente não só o ser humano, mas, igualmente, as mais variadas espécies animais e vegetais.

Entrementes, é necessário sempre observar que as legislações extrapenais devem ser priorizadas no combate à poluição hídrica, devendo as legislações penais serem inseridas no contexto sempre como *ultima ratio* e, também, de maneira proporcional ao crime que se traz à baila.

Assim, por meio da evolução do Direito Penal, através dos Códigos Penais e também da legislação extravagante, observou-se concomitantemente evolução e modificação do tratamento da poluição hídrica.

Com efeito, esboçaremos uma linha evolutiva apta a apresentar o conceito e histórico da poluição em geral, restringindo *a posteriori* para a poluição hídrica e suas respectivas proteções legais, permitindo assim uma análise perfunctória capaz de esboçar a real intenção do legislador, bem como orientação para o aplicador da lei em casos do tipo.

4.1 Poluição: histórico e conceito

Quando se trata do tema poluição, estabelece-se um paralelo diretamente relacionado ao desenvolvimento industrial e tecnológico. Com a necessidade de haver um rápido crescimento econômico após a Revolução Industrial, os países do norte aumentaram e aceleraram suas produções – proporcionalmente ao desenvolvimento previsto e alcançado – sem, entretanto, preocuparem-se com o meio ambiente. Em momento subsequente, iniciou-se também um rápido desenvolvimento dos países do sul, os quais tinham por objetivo, em um curto período de tempo, se igualar aos países já desenvolvidos.

Os países desenvolvidos são política e economicamente considerados industrializados e, por isso, são tidos como os que mais emitem poluentes em desfavor do ecossistema. Os países ainda em desenvolvimento e que ainda estão em processo de expansão industrial lançam no meio ambiente quantidade menor, embora tal fato não os isente de uma responsabilidade de cunho ambiental apta a salvaguardar as presentes e as futuras gerações.

Em estudo sobre o tema, Antônio Silveira Ribeiro dos Santos e Renata de Freitas Martins tecem considerações acerca de tal celeuma:

Tendo em vista que os países desenvolvidos são altamente industrializados e os em desenvolvimento estão se industrializando, podemos perceber que a questão da poluição climática com reflexos danosos aos recursos hídricos e ao meio ambiente global é uma questão planetária que deve assim ser tratada por todos os países do mundo. Mas, de início, deparamos com uma grande dificuldade que é de se compatibilizar os interesses dos países em desenvolvimento e as nações industrializadas, bem como a difícil divisão de responsabilidades sobre o tema em questão. Os países industrializados respondem por cerca de 75% do total das emissões de gases poluentes, o percentual restante é atribuído aos países em desenvolvimento. Por essa proporção, vê-se que cabe aos países industrializados uma maior redução e/ou reestruturação de seus parques industriais, em relação aos países em desenvolvimento. Estes últimos, por sua vez, devem “crescer industrialmente” de forma a poluir menos, não seguindo o exemplo atual das nações industrializadas. Ante o caminho irreversível para a industrialização os países em desenvolvimento não podem estancar sua evolução econômica, mas devem executá-la de forma a causar o menor dano possível ao ambiente. Observando o percentual referido, todos os países devem partilhar a responsabilidade pelos atos poluentes de qualquer que seja sua forma. Em conjunto devem encontrar medidas concretas de proteção para evitar o caos ambiental que se aproxima, com critérios justos de divisões de responsabilidades, o que podemos chamar de partição responsável. (SANTOS; MARTINS, 2002, p. 101/102)

A poluição, repita-se, causada em sua maioria pelas indústrias, passou a ser tema incipiente de debate e preocupação. Surgiram posições antagônicas. De um lado estavam os defensores que se apoiavam na ideia de preocupação com o meio ambiente, por entender que

este seria finito e, talvez, face ao crescimento econômico desacelerado em determinado momento não se poderiam mais reparar os danos que estavam sendo causados. Diametralmente oposta, a outra corrente defendia que, com o crescimento econômico e a evolução dos países, tudo poderia ser posteriormente ou a qualquer momento devolvido ao seu estado natural.

Ainda sobre o tema relacionado ao desenvolvimento industrial e à poluição, expôs Ney de Barros Bello Filho no Seminário de Direito Ambiental realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, no ano de 2003:

Um dos mais importantes atentados contra a qualidade de vida é cometido pela sociedade pós-industrial que vê na exploração dos recursos naturais uma fonte inesgotável de lucros. A ciência tem resolvido para a civilização diversos problemas decorrentes do binômio utilização-preservação, mas não tem conseguido resolver problemas que digam respeito à conservação de certos recursos esgotáveis, que são justamente aqueles que não carecem de uma regulamentação de uso que lhes seja mantenedora. A conduta de poluir o ambiente tornou-se comum a partir da Revolução Industrial, quando o homem descobriu instrumentos de produção capazes de melhorar a qualidade de vida, mas passíveis de alterar o equilíbrio ecológico do seu habitat. Com o advento das máquinas, das indústrias e das fontes de produção que alteram em larga escala as matérias-primas, a natureza passou a fornecer material para o desenvolvimento da espécie humana em volume muito superior à sua capacidade de reconstituição, e ao mesmo tempo passou a servir de repositório de produtos fruto de degradações cometidas contra a fonte deste mesmo desenvolvimento. Os recursos naturais passaram a ser agredidos em razão da sua interrelação com os próprios meios de produção, e o ambiente passou a ser um valor nada absoluto se comparado com o valor progresso. É exatamente a boa qualidade de vida que surge do uso racional destes recursos, e é ela que esta sendo tutelada por qualquer norma de Direito do ambiente que proteja a todos da poluição em suas mais variadas formas. A tutela penal do ambiente veio significar, no momento contemporâneo, a elevação do valor ambiente a um patamar que garanta a sua respeitabilidade e a sua proteção frente à sanha poluidora do homem. O caminho para o desenvolvimento sustentável passa necessariamente pela consideração de que a natureza precisa de uma proteção efetiva, e o Direito é o instrumento cultural de tutela deste valor jurídico. (FILHO, 2003, p. 50)

Trabalhando as citadas correntes de pensamentos aventadas por estudiosos do tema ambiental durante a Conferência de Estocolmo, Ignacy Sachs tece considerações em sua obra, ao expor:

Durante a preparação da Conferência de Estocolmo, duas posições diametralmente opostas foram assumidas, pelos que previam abundância (*the cornupians*) e pelos catastrofistas (*doomsayers*).

Os primeiros consideravam que as preocupações com o meio ambiente eram descabidas, pois atrasariam e inibiriam os esforços dos países em desenvolvimento rumo à industrialização para alcançar os países desenvolvidos. Em grande escala, o meio ambiente não era uma preocupação de peso para as pessoas ricas e ociosas. A prioridade deveria ser dada à aceleração do crescimento. As externalidades negativas produzidas nesse rumo poderiam ser neutralizadas posteriormente, quando os países em desenvolvimento atingissem o nível de renda *per capita* dos países

desenvolvidos. O *otimismo epistemológico* era popular entre políticos de direita e de esquerda: soluções técnicas sempre poderiam ser concebidas para garantir a continuidade do progresso material das sociedades humanas.

Do lado oposto, os pessimistas anunciavam o apocalipse para o dia seguinte, caso o crescimento demográfico e econômico – ou pelo menos o crescimento do consumo – não fossem imediatamente estagnados. Ao final do século, a humanidade poderia encarar a triste alternativa de ter que escolher entre o desaparecimento em consequência da exaustão dos recursos ou pelos efeitos caóticos da poluição. (SACHS, 2009, p. 50/51)

Diversos são os conceitos sobre a poluição. Partindo-se de uma premissa simples e concisa, pode-se afirmar que poluição é toda e qualquer alteração feita por qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, que modifique as características naturais do meio ambiente e seus componentes, criando situações prejudiciais à sadia qualidade de vida de quaisquer espécies.

Paulo Affonso Leme Machado observa em sua obra jurídica que o conceito de poluição é amplo e deve sempre ser observado pelas legislações estaduais e municipais para que possam ser prestadas as devidas proteções sempre de maneira a resguardar o preceito legal embutido na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938/1981 – ou, se preciso e plausível for, ampliá-lo, mas nunca restringi-lo.

Nos ensinamentos de Machado, observam-se os apontamentos:

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente dá uma abrangente definição de poluição – “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos”

No conceito são protegidos o homem e a sua comunidade, o patrimônio público e privado, o lazer e o desenvolvimento econômico através das diferentes atividades (alínea “b”), a flora e a fauna (biota), a paisagem e os monumentos naturais, inclusive os arredores naturais desses monumentos – que encontram também proteção constitucional (arts. 216 e 225 da CF/1988). Destaque-se que os locais de valor histórico ou artístico podem ser enquadrados nos valores estéticos em geral, cuja degradação afeta também a qualidade ambiental.

Em último lugar, considera-se como poluição o lançamento de materiais ou de energia com inobservância dos padrões ambientais estabelecidos. Essa colocação topográfica da alínea é importante: pode haver poluição ainda que observados os padrões ambientais. A desobediência aos padrões constitui ato poluidor, mas pode ocorrer que mesmo com a observância dos mesmos ocorram os danos previstos nas quatro alíneas anteriores, o que também caracteriza a poluição, com a implicação jurídica daí decorrente. (MACHADO, 2014, p. 602)

É notório o apontamento de que o conceito de poluição é tratado nos meios jurídico e técnico com acepções diversas, devendo sempre ser adequado ao objetivo do estudo. Entrementes, se faz necessário levar em consideração e como norte aquilo que está prescrito

em lei, para que nenhum estudo, seja de qual área for, se torne em algum momento inapto para o que foi proposto.

Com o intuito de esmiuçar os conceitos de poluição em diversas áreas, foi elaborado um estudo comparativo para a **Revista Geociências** da Unesp, em que os autores Mauro Cerri Neto e Gilda Carneiro Ferreira constataram à época 27 diferentes conceituações sobre o tema:

Com relação aos resultados obtidos a partir da comparação efetuada entre os conceitos legal e técnico do termo poluição, pode-se concluir que: - dos 27 conceitos de poluição extraídos de referências técnicas, apenas um foi considerado totalmente em consonância com o legal, pois corresponde ao próprio conceito definido em lei. Prevaleceu, portanto, a incompatibilidade entre o conceito legal e técnico; - as principais incompatibilidades se deveram ao fato de não constar, na quase totalidade dos conceitos técnicos, (1) explícita ou implicitamente, que sua causa poderia se dar por meio de qualquer alteração, não se restringindo somente aos casos de lançamento de matéria ou energia... e/ou (2) explícita ou implicitamente, que a alteração poderia se dar em qualquer componente do meio ambiente, não somente no solo, no ar ou nas águas... e/ou (3) expressamente, que sua causa é exclusivamente antrópica e/ou (4) expressamente, que a consequência pode ter causa direta ou indireta e/ou (5) expressamente, que há a possibilidade, em certos casos, de se estabelecer padrões de referência, o que permite sua constatação de forma objetiva e/ou (6) expressamente, que tais padrões devem estar previstos em lei, para que sua observância possa ser exigida; - por outro lado, dos 27 conceitos técnicos analisados apenas um não deixou evidente se tratar de situação prejudicial ao meio ambiente. Conclui-se, assim, que o termo poluição se mostrou bastante divergente na comparação entre o conceito legal e técnico (pois a Lei Federal nº. 6.938/81 o conceituou de forma muito ampla).

[...]

Em suma, o que tem de ficar claro é que os profissionais que atuam na área ambiental não podem ignorar a existência dos conceitos previstos na legislação. Devem observá-los sempre que estiverem atuando em situações reguladas pela lei. E se assim não o fizerem, estarão sujeitos à responsabilização administrativa, penal e civil, de acordo com as especificidades do caso concreto. (NETO CERRI; FERREIRA, 2009, p. 178/179)

Mister observar que com o crescente e desenfreado lançamento de produtos que degradam e poluem os recursos naturais, passou-se a enxergar e entender – tardiamente – que, para progredir, não precisaria necessariamente tolher o ecossistema. Sachs ilustra isso ao responder que “o uso produtivo não necessariamente precisa prejudicar o meio ambiente ou destruir a diversidade, se tivermos consciência de que todas as nossas atividades econômicas estão solidamente fincadas no ambiente natural” (SACHS, 2009, p. 32).

É notório, entretanto, que o avanço econômico e tecnológico se fazem necessários e imprescindíveis para o futuro da humanidade. Não obstante, é inconcebível qualquer tipo de avanço sem computar o futuro ambiental e das gerações que estão por vir.

Com efeito, foi faticamente necessária uma Revolução Industrial. No entanto, hodiernamente, precisa-se pensar em uma Revolução Ambiental, ter mais consciência do

que tiveram no passado, saber que a natureza é finita e que os recursos naturais estão cada vez mais escassos e que a poluição, independente da conceituação adotada, seja ela jurídica ou técnica, sempre será um mal causado em desfavor de qualquer espécie.

É imperioso pensar em um desenvolvimento econômico, mas sempre atrelado a um desenvolvimento sustentável, pautado pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais e também nos direitos dos animais e quaisquer outros seres vivos, que em todos os aspectos e características nos remetem para a qualidade de vida no planeta.

Na maioria das vezes, as fumaças que se esvaíram pelas chaminés das indústrias se associam à ideia de poluição. Mas nem sempre foi assim. As fuligens eram, em tempos pretéritos, sinônimo de evolução e crescimento industrial. Mas, como dito alhures, a crescente poluição embutiou no homem a ideia de que era preciso conter o lançamento de materiais impróprios à saúde, no meio ambiente, quer seja na atmosfera, quer seja na água.

Sobre o tema, associado à noção econômica atrelada ao avanço tecnológico e industrial, assinala Donaire:

Entre as diversas reivindicações exigidas pela sociedade, que afetam o mundo dos negócios, a preocupação ecológica tem ganhado um destaque significativo em face de sua relevância para a qualidade de vida das populações, o que tem exigido das empresas, um novo posicionamento em sua interação com o meio ambiente.

[...]

As primeiras indústrias surgiram em uma época em que os problemas ambientais eram de pequena expressão, em virtude das reduzidas escalas de produção e das populações comparativamente menores e pouco concentradas. As exigências ambientais eram poucas e a fumaça das chaminés era um símbolo de progresso, apregoada orgulhosamente na propaganda de diversas indústrias.

O agravamento dos problemas ambientais veio alterar profundamente este quadro, gerando um nível crescente de exigências. A nova consciência ambiental, surgida no bojo das transformações culturais que ocorreram nas décadas de 60 e 70, ganhou dimensão e situou a proteção do meio ambiente como um dos princípios mais fundamentais do homem moderno. Na nova cultura, a fumaça passou a ser vista como anomalia e não mais como uma vantagem. Dessa forma, as empresas passaram a se preocupar com a questão ambiental e procuraram desenvolver atividades no sentido de atender a essa nova crescente demanda de seu ambiente externo. (DONAIRE, 1994, p. 69)

De fato, para qualquer avanço é sempre imprescindível um mínimo de planejamento. O planejamento econômico, atrelado a um planejamento ambiental, é inerente ao crescimento populacional, à estruturação dos meios econômicos e, conseqüentemente, exige a intervenção do Estado para que o progresso almejado possa ser alcançado, diminuindo cada vez mais a poluição, que resulta em qualidade de vida indesejável.

4.2 Poluição das águas: uma preocupação constante do planeta

Considerando-se a conceituação de poluição aventada em capítulo precedente, parte-se para a análise da poluição que clama maior atenção: a poluição das águas. A poluição em questão é uma espécie do gênero que foi abordado e se caracteriza quando o homem, por meio de suas atividades, lança nos recursos hídricos substâncias capazes de provocar alterações nas suas características químicas básicas, tornando o referido recurso natural – independente de sua forma encontrada na natureza – impróprio para utilização.

Régis da Silva Pereira trabalha a questão suscitada, ao expor em seu artigo:

A qualidade dos ecossistemas aquáticos tem sido alterada em diferentes escalas nas últimas décadas. Fator este, desencadeado pela complexidade dos usos múltiplos da água pelo homem, os quais acarretaram em degradação ambiental significativa e diminuição considerável na disponibilidade de água de qualidade, produzindo inúmeros problemas ao seu aproveitamento. A água pode ter sua qualidade afetada pelas mais diversas atividades do homem, sejam elas domésticas, comerciais ou industriais. Cada uma dessas atividades gera poluentes característicos que têm uma determinada implicação na qualidade do corpo receptor. A poluição pode ter origem química, física ou biológica, sendo que em geral a adição de um tipo destes poluentes altera também as outras características da água. Desta forma, o conhecimento das interações entre estas interações é de extrema importância para que se possa lidar da melhor forma possível com as fontes de poluição. (PEREIRA, 2004, p. 1)

No mesmo sentido, corroboram os irmãos Freitas:

Poluição hídrica é todo ato ou fato pelo qual se lance na água qualquer produto que provoque a alteração de suas características ou a torne imprópria para uso. A água é considerada poluída quando a sua composição está alterada, de forma que se torna inadequado para alguma pessoa ou para todas o seu uso no estado natural. São as alterações de suas propriedades físicas, químicas ou biológicas que a tornam nociva para a saúde e o bem-estar da população, ou imprópria para uso, tanto para fins domésticos, agrícolas, industriais e recreativos, como para a fauna e a flora. As causas mais comuns de poluição da água são os despejos de dejetos humanos e industriais e de produtos químicos e radioativos. Como é sabido, as águas de escoamento arrastam para os rios e mares os produtos tóxicos utilizados nas indústrias e na agricultura. Daí dizer-se que todas as poluições convergem para o mar. (FREITAS, Vladimir; FREITAS, Gilberto, 2012, p. 229)

Se estiver poluída, a água (item essencial à vida) pode ser difusora de diversos tipos de contaminação, além de poder degradar outros recursos ambientais e ocasionar a mortandade de animais, motivo pelo qual deve chegar ao destinatário final com níveis de qualidade minimamente satisfatórios e condizentes para o uso em questão.

Corroborando também o entendimento de que a água é indispensável para a vida dos seres em geral e para as mais variadas atividades, reitera Pereira:

A água é elemento necessário para quase todas atividades humanas, sendo ainda, componente da paisagem e do meio ambiente. Os setores usuários da água são os mais diversos, com aplicações e para inúmeros fins. A utilização pode ter caráter consuntivo, quando a água é derivada do seu curso natural, somente retornando em parte, descontadas as perdas, como as da evaporação. Alguns usos dispensam a derivação, não são consuntivos e não alteram a qualidade, mas podem alterar o regime, o que acontece, por exemplo, com a construção de barragens de regularização de vazões. (PEREIRA, 2004, p. 13)

A poluição das águas, assim como outros tipos de poluição, está diretamente atrelada ao crescimento populacional e à rápida urbanização, bem como ao avanço industrial e tecnológico. A poluição dos recursos hídricos pode, todavia, se dar de maneira direta, quando são lançados nas águas produtos que alterem a especificação química delas, como pode, também, se dar de maneira indireta, por meio do lançamento de produtos na atmosfera que causem a poluição da água, misturando-se aos mananciais e deixando-os impróprios.

Demais disso, oportuno registrar que a poluição – em especial a poluição hídrica –, vista por alguns como sinônimo de desenvolvimento, foi em diversos países por muito tempo considerada um ato em prol da sociedade e inclusive era incentivada pelo Estado, que almejava a qualquer custo e sem medidas contrapostas uma rápida aceleração econômica.

Com o fito de ilustrar esse momento que fez parte da história global e do meio ambiente, traçando-se um paralelo com o Direito Internacional Comparado, trazemos à baila as lições de Vandana Shiva, em sua clássica obra **Guerra por Água**:

Antes da aprovação da Lei da Água da Índia, em 1975, quase todas as decisões judiciais eram favoráveis aos poluidores. Além de estarem protegidos pela lei, os poluidores também tinham mais poder econômico e político do que os cidadãos comuns. Eles obtinham mais sucesso ainda ao usar os processos legais a seu favor. Quando o impacto da poluição industrial não era grave ou quando a industrialização era vista como um símbolo do progresso, as cortes tendiam a ratificar decisões favoráveis aos industriais que poluíam a água, como está exemplificado em inúmeros casos. (SHIVA, 2006, p. 47)

Com efeito, há de se observar que a poluição hídrica necessita de uma proteção especial, buscando-se através do ordenamento jurídico pátrio ditames que sejam capazes de coibir práticas vindouras e aplicar punições àqueles que já causaram poluição.

Não é de hoje que a poluição de recursos hídricos é algo notável e presente na vida em sociedade. Nos primevos, a poluição já era, inclusive, causada por tropas que tinham por objetivo subjugar seus adversários, sabendo que a água seria em algum momento utilizada.

Assim as poluíam e esperavam que o efeito premeditado fosse alcançado, evitando dessa feita o embate físico.

Ainda em tempos pretéritos, já se notavam derramamentos de petróleo nas bacias hídricas, causado muitas vezes pelo naufrágio de embarcações. Em tempos presentes, a poluição de maior monta, que assola de maneira devastadora a coletividade e ofende em ordem desarrazoada a sustentabilidade, é aquela causada pelas grandes indústrias e, em sua maioria, pela inobservância de deveres necessários e obrigatórios, inerentes ao seu funcionamento.

Chiavenato cita em sua obra trechos que fazem alusão às disputas por água, esboçando em um contexto histórico como foram, ao longo dos séculos, se modificando as formas de poluição, *in verbis*:

No século I a.C. quando as tropas romanas invadiram a Ibéria (onde hoje está a Georgia), uma das táticas foi derrubar as florestas da margem esquerda do rio Kurá e envenenar as fontes de água potável.

[...]

Na Segunda Guerra Mundial (1939-1945) morreram 55 milhões de pessoas. Os navios afundados espalharam pelos mares cerca de 5,5 milhões de toneladas de petróleo. (CHIAVENATO, 2012, p. 108/109)

Nota-se que a poluição das águas surgiu de diversas maneiras e em diferentes contextos históricos, nos mais variados continentes do planeta, perpassando-se por contextos econômicos e sociais, mas sempre se moldando às formas de avanços tecnológicos para continuar a degradar o meio ambiente.

A cultura individualista presente nas sociedades, sem um olhar atento para o coletivo, prejudica, pois, um bem natural e comum necessário a todos, e suas consequências podem, com o passar dos séculos, ser irreversíveis.

Novamente citando Shiva, observa-se uma passagem bem destacada, que comprova a “evolução” e “adequação” da poluição hídrica ao longo dos tempos, bem como a surreal e elevada utilização da água para produção:

A luta entre o direito à água limpa e o direito de poluir é a luta entre os direitos humanos e os do meio ambiente dos cidadãos comuns e os interesses financeiros das empresas. A poluição é um subproduto das tecnologias industriais e do comércio global. Papel feito à mão e corantes extraídos de vegetais não causam poluição; tratamento de couro natural também é algo bastante prudente e conserva a água; vegetais e frutas frescas não precisam de água, exceto para o cultivo inicial.

Já as atividades modernas de fabricação de papel e processamento de couro provocam poluição maciça. A polpa do papel utiliza sessenta a cento e noventa mil galões de água por tonelada de papel ou *raion*. O branqueamento consome de quarenta e oito a setenta e dois mil galões de água por tonelada de algodão. Embalar

vagens e pêssegos para o comércio de longa distância pode consumir até dezessete mil e quatro mil galões de água por tonelada, respectivamente.

O uso abusivo e a poluição de reservas escassas de água não se restringem às antigas tecnologias industriais; são também componente oculto das novas tecnologias relacionadas aos computadores.

[...]

Na média, fabricar um único chip de pastilhas de silício de seis polegadas consome dois mil e duzentos e setenta e cinco galões de água desionizada, três mil e duzentos pés cúbicos de gases liquíferos, vinte e dois pés cúbicos de gases tóxicos, vinte libras de produtos químicos e duzentos e oitenta quilowatts-horas de energia elétrica. (SHIVA, 2006, p. 50)

Uma preocupação constante que igualmente se tem com a poluição dos recursos hídricos diz respeito à facilidade alcançada pela propagação apta a ultrapassar os limites fronteiriços entre os Estados, até mesmo porque é comum que rios e mares estejam inseridos em mais de um País.

Paulo Affonso Leme Machado dedica atenção especial a essa situação em sua obra que analisa os cursos internacionais de águas, citando o preâmbulo do *Institu de Droit International – Session d’ Athènes/1979*, ao traduzi-lo da obra de Jean. J. A Salmon:

Relembrando suas Resoluções de Madri (1911) e de Salzburgo (1961):

Consciente das múltiplas utilizações que podem apresentar os rios e os lagos internacionais e da existência de um interesse comum no uso racional e equitativo de tais recursos, através da busca de um equilíbrio razoável entre os diversos interesses; Considerando que a poluição propagada pelos rios e lagos em territórios de mais de um Estado toma proporções mais e mais alarmantes e diversificadas, enquanto a proteção e a melhoria do meio ambiente são deveres que se impõem aos Estados; Relembrando a obrigação de respeitar a soberania de cada Estado sobre seu território, o que acarreta a obrigação para cada Estado a evitar qualquer utilização de seu próprio território que cause um dano sobre o território de outro Estado [...];

Art. VII – 1. No exercício de seu dever de cooperação, os Estados fazendo parte de uma mesma bacia fluvial ou lacustre procuram, na medida do possível, especialmente através de acordos, as seguintes: [...]; f) estabelecer, de comum acordo, normas ambientais, em particular normas de qualidade aplicáveis à bacia no seu conjunto ou em parte [...]. (MACHADO, 2009, p. 231/232)

Faz-se mister que haja legislações em cada país aptas a nortear e resguardar a coletividade no que diz respeito à poluição hídrica, desde um lançamento de resíduo feito por um indivíduo, até a emissão de poluentes ou rompimento de barragens de grande monta causados por grandes empresas e indústrias. Imprescindível, outrossim, que haja acordos de cooperações mútuos entre os países que fazem fronteiras, possibilitando-se sempre uma atuação de reciprocidade diplomática entre ambos, para que possam evitar sempre a propagação e difusão da poluição das águas.

4.3 Tratamento legal: análise da legislação extrapenal e a previsibilidade de questões no âmbito administrativo para proteção das águas no tocante à poluição

É de suma importância a previsão legal por parte do Estado de proteção dos recursos hídricos, haja vista que a água é um bem essencial à manutenção da vida no planeta. Por isso, é preciso que haja previsão de mecanismos, tanto na esfera administrativa como na esfera judicial, aptos a prevenir e diminuir a poluição das águas.

O tema inerente à poluição das águas é matéria que salta aos olhos em disciplinas jurídicas diversas, cabendo a cada um a aplicação das normas que lhe competem, a fim de que o poluidor possa ser responsabilizado dentro dos limites legais e em condições plausíveis e proporcionais às suas condutas.

Diversas foram as legislações que antecederam a Constituinte de 1988 no que diz respeito à proteção das águas e no tocante à poluição. No que tange à matéria extrapenal, vale destacar o Decreto 23.777/1934, que diz respeito ao lançamento de resíduos industriais em águas doces; a Lei 50.877/1961, que em seu artigo 3º disciplinou o conceito de poluição aquática bem como traçou diretrizes aptas a evitar o comprometimento do citado recurso natural¹⁰; o Decreto-Lei 221/67, em seu artigo 37¹¹ (posteriormente revogado pela Lei 11.949/2009), que tinha por objetivo conscientizar sobre o tratamento de produtos que eram lançados nas águas pelas indústrias, a fim de que fossem, antes do lançamento, tratados para que não poluissem as águas; a Lei 5.357/1967, que em pleno período expansionista industrial tinha por objetivo a proteção das águas no tocante ao lançamento de detritos ou óleo.

A matéria de cunho penal, por sua vez, resguardava os recursos hídricos contra a poluição desde o Código Penal de 1890. Compete-nos por ora observar que com o passar dos anos tanto a legislação extrapenal como medidas administrativas não judiciais surgiram com o objetivo de criar sanções aptas a resguardar as águas da poluição.

A Carta Constitucional em vigor atualmente consagra, em seu artigo 225, § 3º, que as condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, além da reparação dos danos que couber no caso em espécie. A poluição hídrica, por sua vez, é um recurso natural componente do meio ambiente que faz jus à referida proteção.

¹⁰ Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se "poluição" qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas, que possa importar em prejuízo à saúde, à segurança e ao bem-estar das populações e ainda comprometer a sua utilização para fins agrícolas, industriais, comerciais, recreativos e, principalmente, a existência normal da fauna aquática.

¹¹ Art. 37. Os afluentes das redes de esgotos e os resíduos líquidos ou sólidos das indústrias somente poderão ser lançados às águas quando não as tornarem poluídas.

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. (BRASIL, 1988)

Com efeito, em 1981 entrou em vigor a Lei 6.938, que criou o famigerado conceito do “poluidor-pagador” e do “usuário-pagador”, instituindo obrigações legais àqueles que poluírem as águas, bem como pagamento pelo uso dos recursos hídricos quando em condições previamente estipuladas. Nesse sentido são os ensinamentos de Maria Luiza Machado Granziera:

A Lei nº 6.938/81 prevê, no art. 4º a imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. O Código das Águas introduziu a noção de “poluidor-pagador”, estabelecendo que a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros (art. 109). E que os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos (art. 110). (GRANZIERA, 2006, p. 58)

A teoria do poluidor-pagador deu norte, também, ao princípio 16 da Declaração do Rio 92:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais. (BRASIL, 1992)

O Direito Ambiental, como visto, é dotado das características e princípios tanto da precaução como da prevenção. Igualmente, é importante que sejam sempre adotadas medidas administrativas que tenham por objetivo evitar ou até mesmo combater a poluição hídrica e que ao mesmo tempo possam se adequar aos mecanismos jurídicos, a fim de ser supedâneo às questões legais.

A Lei 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, traz em seu corpo, no artigo 9º, inciso II, a disposição sobre o enquadramento dos corpos de água, tendo como objetivo com tal medida, entre outras, diminuir os custos de combate à poluição das águas.

Art. 9º O enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água, visa a:

[...]

II - diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes. (BRASIL, 1997)

É notório o fato de que o homem começou a poluir de maneira mais nociva a água a partir da década de 1960 – mesmo sob notícias de legislações em vigor que iriam de encontro a essa conduta –, lançando nela produtos químicos que a tornavam contaminada e assim prejudicando a população como um todo e, precipuamente, aqueles que tinham condições mais precárias e não eram contemplados, por exemplo, pelo saneamento básico.

É preciso então estimular a prática de políticas públicas, bem como de mecanismos aptos a incorporar e auxiliar as práticas legais, embutindo no poluidor a obrigatoriedade de reparar o dano causado à coletividade, bem como evitar que volte a cometer práticas de tal monta. Granziera faz as seguintes assertivas sobre o tema:

Ao longo do tempo, políticas e sistemas administrativos de gestão de recursos hídricos foram incorporados nos direitos internos, considerando, em sua grande maioria, a bacia hidrográfica como unidade básica de planejamento e gestão.

Os instrumentos econômico-financeiros de execução das políticas ambientais, incluindo-se como recurso ambiental a água, têm sido objeto de discussões e de incorporação nos ordenamentos jurídicos internos, como mecanismo indireto de controle de uso das águas (com base na justiça e equidade) e também como fonte de recursos para obras e serviços de despoluição, saneamento e outros, voltados à proteção ambiental das bacias hidrográficas. (GRANZIERA, 2006, p. 58)

Assim, aquilo que começou na era da Revolução Industrial não mais parou. As indústrias, no mundo inteiro, continuam a expandir. Hodiernamente, a degradação ainda existe, porém há um mínimo de aparato legal, com um mínimo de consciência ambiental de uns tempos para cá difundida. Combater a poluição torna-se cada vez mais uma tarefa árdua, principalmente para os órgãos de defesa ambiental que se valem de mecanismos legais nos mais variados ordenamentos jurídicos, porém muitas vezes não conseguem obter a resposta em um tempo plausível.

4.4 Crime de poluição hídrica: contextualização e aplicabilidade

A poluição das águas é, de maneira sucinta, a forma qualificada de poluição de qualquer natureza e por isso merece atenção especial, inclusive recebendo tratamento diferenciado no que toca ao montante de pena aplicado em determinados ordenamentos penais.

A primeira aparição da responsabilidade penal no tocante à poluição das águas foi no Código Penal de 1890 – Decreto 847 de 1890 – que disciplinou de maneira genérica, adotando punições para aqueles que viessem a causar danos do tipo aos recursos hídricos, insculpidas a descrição e a respectiva penalidade nos artigos 161 e 162.

Art. 161. Envenenar fontes publicas ou particulares, tanques ou viveiros de peixe, e viveres destinados a consumo publico:

Pena de prisão cellular por dous a seis annos.

Si do envenenamento resultar a morte de alguma pessoa:

Pena de prisão cellular por seis a quinze annos.

Art. 162. Corromper, ou conspurcar, a agua potavel de uso commum ou particular, tornando-a impossivel de beber ou nociva á saude:

Pena de prisão cellular por um a tres annos. (BRASIL, 1890)

O Código das Águas – Decreto 24.643/1934 – foi a primeira legislação extrapenal que trouxe matéria de cunho penal, ao fazer menção, mesmo que de maneira genérica, à possibilidade de responderem, também penalmente, os infratores que contaminarem a água, explanando ainda as demais responsabilidades:

Art. 109. A ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo de terceiros.

Art. 110. Os trabalhos para a salubridade das águas serão executados á custa dos infratores, que, **além da responsabilidade criminal, se houver**, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativo (grifei). (BRASIL, 1934)

Pouco tempo depois da edição do Código das Águas, foi a vez do novo Código Penal, em seu advento no ano de 1940, tratar nos artigos 270 e 271 da proteção de águas potáveis contra o envenenamento, corrupção ou poluição.

Nesse sentido observa a Professora Ivette Senise Ferreira, em seu artigo intitulado “Poluição e Tutela Penal Ambiental” (FERREIRA, 1998, p. 253):

Mantendo a mesma orientação, o Código Penal de 1940 inscreveu as duas modalidades entre os “crimes contra a saúde pública” com ligeira modificação da terminologia empregada, sendo elas apresentadas como envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal (art. 270) e corrupção ou poluição de água potável (art. 271).

Dispõe o Código Penal de 1940, em vigor até os dias de hoje:

Art. 270 - Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo:

Pena - reclusão, de dez a quinze anos.

§ 1º - Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposos:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Corrupção ou poluição de água potável

Art. 271 - Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único - Se o crime é culposos:

Pena - detenção, de dois meses a um ano. (BRASIL, 1940)

Os artigos em comento estavam inseridos no rol que à época visavam à proteção da saúde pública, em um contexto histórico e jurídico em que não havia preocupação mais detida com o meio ambiente em si. A poluição de água potável, por sua vez, tornou-os de difícil compreensão e apuração ao longo das décadas, tendo em vista que se mostrava cada vez mais complexo identificar – até mesmo por meio de processos químicos – o que de fato seria potável.

O artigo 270 trata do envenenamento de água potável. Por envenenamento entende-se o lançamento de substância prejudicial à saúde e que, se absorvida pelo organismo, pode, inclusive, culminar com a morte – fato este que a nosso ver se encaixaria na forma qualificada “emprego de veneno”, descrita no tipo penal insculpido no artigo 121 do Código Penal.

A problemática que envolve a discussão sobre o artigo 270 está amparada em duas problemáticas. A primeira diz respeito à primeira parte do *caput* do artigo, no qual se faz menção à água potável. A segunda situação envolve o *quantum* de pena que é aplicado àquele que comete o crime.

Na primeira situação, notou-se ao longo dos anos que era cada vez mais difícil chegar a um resultado que comprovasse que a água que fora envenenada era, à época do crime, potável. Com a crescente onda de industrialização e desenvolvimento urbano, tornou-se cada vez mais comum o lançamento de resíduos nas águas, tornando-as de alguma forma poluídas.

Por conseguinte, tornava-se cada vez mais comum a absolvição, pelo fato de ser tipificado como crime impossível o envenenamento de água que já não era mais considerada potável.

Nessa esteira, surgiram teorias que afirmaram que era impossível ter uma água completamente potável e por isso deveria o artigo em comento ser aplicado também àqueles que com suas condutas envenenassem as águas potencialmente potáveis.

A nosso ver, tal teoria não merece amparo, uma vez que o ordenamento jurídico não trata da possibilidade de “potencialmente potável”. Como dito, era praticamente impossível punir alguém nos moldes do artigo 270, caindo este em desuso ao longo dos anos. Insta ressaltar que o Código Penal de 1969 tentou ajustar a conduta, retirando a expressão “água potável”, o que *per si* ajustaria a conduta e permitiria a aplicação da pena, mas este não chegou a entrar em vigor, mantendo-se a redação inculpada no ordenamento original de 1940.

A segunda crítica que se faz sobre o artigo 270 do Código Penal é o *quantum* de pena a ser aplicada, o qual é um dos mais altos, principalmente no tocante à pena mínima cominada, qual seja, 10 anos de reclusão. Desse modo, aquele que cometer o crime em questão será apenado com pena de reclusão em regime inicialmente fechado e sem direito a *sursis*, o que a nosso ver fere o princípio da proporcionalidade, basilar da Constituição Federal e rechaçado pelo Código Penal.

Cumpra ainda mencionar que o artigo 270 foi inserido na Lei de Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 – e foi posteriormente, e de maneira acertada, revogado pela Lei 8.930/94.

Nesse sentido, são os apontamentos e críticas feitos pela Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, em estudo sobre o tema:

Isso significa que, aplicada a pena no seu mínimo, já se obriga o agente a começar a cumpri-la em regime fechado, não admitindo nem mesmo o *sursis*, ainda que o condenado seja primário e de bons antecedentes. Pela torpeza da conduta, a lei que define os crimes hediondos (Lei n. 8.072, de 26/07/90) chegou a incluir o crime de envenenamento de água potável no seu rol, o que foi posteriormente excluído pela Lei n. 8.930/94. Permaneceu, no entanto, o aumento da pena previsto pela Lei n. 8.072/90. (SIFUENTES, 2000, p. 86)

No tocante ao artigo 271, a crítica se funda também na inserção da expressão água potável. Assim o artigo, para se tornar aplicável, deveria incidir sobre o agente que fosse capaz de causar uma poluição “restrita”, ou seja, apenas em desfavor de uma água que fosse tida como potável. Como dito, é de difícil comprovação a potabilidade de uma água. Alguns aplicadores da lei tentaram expandir a ideia, ampliando para o termo *potencialmente potável*.

Todavia, a expressão não tem amparo legal e a interpretação extensiva ou analógica não é possível para prejudicar o réu.

Sobre o tema, citamos novamente Sifuentes:

Mas o Código não trata de água potencialmente potável, de modo que prevalece o princípio de que não se pode poluir ou corromper água já poluída, imprestável para o consumo humano, sendo, portanto, na estrutura do Código, atípica a conduta de quem assim procede. (SIFUENTES, 2000, p. 86)

Importante ressaltar que os crimes em comento são caracterizados por serem crimes de perigo, ou seja, consideram-se consumados apenas com a ocorrência do perigo, independente do resultado. Ademais, também admitem a modalidade culposa, em que por negligência, imprudência ou imperícia o agente envenena ou polui a água potável.

Cumprindo, entretanto, mencionar que o primeiro tipo (art. 270) é tido como crime de perigo abstrato e o segundo tipo (art. 271), como crime de perigo concreto.

A respeito do crime de perigo, necessário trazer à baila a conceituação de Bottini:

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou perigo concreto. (BOTTINI, 2010, p. 113)

Após abalizadas discussões e debates tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial, vingou a teoria majoritária de que o artigo 270, 1ª parte do *caput*, e o artigo 271 em sua integralidade foram tacitamente revogados, principalmente com entrada em vigor tanto da Lei 6.938/81, que trouxe uma conceituação mais ampla acerca da poluição, sem restringir-se apenas à água potável, como também pela Lei 9.605/98, que tratou de todos os tipos de poluição em seu artigo 54.

Confirmando nosso posicionamento, são ditames expostos por Malucelli:

Questão interessante a ser abordada é a respeito da revogação destes dispositivos (arts. 270, *caput*, 1ª parte e 271 integralmente) pelo art. 54 da nova lei dos crimes ambientais. Assim entendem Vladimir e Gilberto Passos de Freitas. Também Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt defendem a revogação. O art. 54 fala em *poluição de qualquer natureza*, o que toda evidência revoga sem dúvida a parte do art. 271 que incrimina a poluição de água potável. O mesmo artigo, no entanto, *fala em corromper* água potável, e o art. 270 incrimina a ação de *envenenar* água potável.

[...]

Ora, diante da ampliação desta ideia de poluição, natural entender inexistir espaço para a delicada distinção, mesmo porque a ideia de um meio ambiente protegido

atropela aquela, limitada pela preocupação estrita com a saúde pública, que tem um universo de incidência sensivelmente menor. (MALUCELLI, 2010, p. 193/194)

A Lei 6.938/81, como dito em parágrafo antecedente, que dispunha sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, previu, assim como o Código das Águas, um tipo penal genérico para todo e qualquer tipo de atividade poluidora, deixando margens para possibilitar o desuso do Código Penal, principalmente no que tange à alta – e desproporcional – punição destinada aos eventuais infratores.

A Lei 6.938/81 serviu como supedâneo e orientação até o advento da Lei 9.605/98, a qual – diga-se de passagem – possibilitou uma redação mais precisa dos crimes de poluição, em especial da poluição das águas, entretanto inovando – a nosso ver de maneira negativa – com penas superiores àquelas previstas na Lei 6.938/81. Ou seja, a Lei dos Crimes Ambientais surgiu em um contexto histórico e jurídico em que havia necessidade de uma preocupação maior e mais direcionada ao meio ambiente, com o objetivo também de abarcar condutas criminais até então de difícil punição por meio de restrições contidas no rol dos artigos 270 e 271 do Código Penal, mas pecou por não manter a pena prevista no artigo 15, *caput*, da Lei 6.938/81 – 1 a 3 anos de detenção –, alterando para um patamar de 1 a 5 anos, conforme previsto em seu artigo 54.

Todavia, nosso objetivo é traçar um questionamento acerca do bem jurídico tutelado em ambos os ordenamentos jurídicos. Ou seja, os artigos 270 e 271 do Código Penal e o artigo 54, § 2º, inciso III, da Lei 9.605/98 tratam do mesmo bem jurídico?

O Código Penal nos referidos artigos tutela a proteção da água potável, contra o seu envenenamento, corrupção e poluição.

No referido Diploma, há proteção da saúde pública, e não uma proteção ao meio ambiente, até mesmo porque o Código Penal é anterior à atual Constituição da República e naquela época (1940) não havia uma preocupação com o meio ambiente.

A preocupação com a água potável, que restringiu o preceito incriminatório, expressa na verdade o posicionamento de uma legislação pré-ambiental que tencionava proteger apenas o indivíduo em seus interesses fundamentais, entre os quais a sua vida e a sua saúde, sem atentar para os outros entes e a natureza como um todo, desconsiderando, no caso das águas, a poluição nociva aos vegetais e aos animais, esquecendo-se que deles também nos servimos e por isso a sua destruição igualmente nos afeta. (FERREIRA, 1998, p. 253/254)

O Decreto Penal traz à baila uma atenção à água potável, ou seja, aquela destinada ao consumo e utilização humana, livre de impurezas e sem substâncias nocivas.

O inciso III do art. 54 da Lei 9.605/1998, por sua vez, tem por objetivo tutelar o meio ambiente, mas observa-se que em muito se assemelha ao artigo 271 do Código Penal.

A diferença, entretanto, se restringe ao fato de que a lei de crimes ambientais traz em seu tipo ora analisado a possibilidade de um crime de perigo na primeira parte e um crime de dano na segunda parte, bem como na legislação ambiental preocupa-se com a coletividade, ou seja, a poluição de água destinada ao abastecimento público, enquanto no Código Penal independe se a água é para abastecimento particular ou outro qualquer.

Isso porque, da leitura do art. 54 da Lei 9.605/1998, com a qualificadora prevista em seu inc. III, percebe-se tratar de crime com duplo resultado, ou com resultado e consequência, os quais foram bem delineados pelo legislador: “causar poluição hídrica (resultado)” e “que provoque interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade” (consequência). O art. 271 do CP, por sua vez, igualmente apenas pune a conduta poluidora (resultado) quando dela advém uma consequência. Todavia, a consequência prevista é outra, a saber, “[...] tornando-a (a água) imprópria para o consumo”. Decorre desta constatação que se a poluição se der em água de uso particular, ou, se de uso comum, não for de toda uma comunidade, o agente incorre nos crimes do art. 271 do CP. Enquanto que se a poluição causada ocorrer em uma bacia ou rede e por isso provoque a interrupção do fornecimento público de água para toda uma comunidade, o crime será o do art. 54, III, da Lei 9605/1998.

O curioso é que o crime da Lei Ambiental, que a nosso ver é mais grave que o previsto no art. 271 do CP – porquanto não se trata de água de uso particular ou comum de poucas pessoas, mas sim de uma comunidade, bem como pelo fato de ser água do abastecimento público, é punido com pena mínima inferior à do art. 271 do CP. (MILARÉ; JR; COSTA, 2013, p. 139)

Importante também mencionar a letra da Lei à qual nos referimos:

Art. 54. 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:

[...]

II - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

Pena - reclusão, de um a cinco anos (grifei). (BRASIL, 1998)

Com efeito, observa-se no artigo 33, assim como no citado artigo 54, ambos da Lei 9.605/98, também uma atenção especial à proteção das águas, assim como das espécies que nelas vivem ou delas diretamente dependem:

Art. 33. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente. (BRASIL, 1998)

Com efeito, observa-se que, com a promulgação da Constituição de 1988 e com a entrada em vigor da Lei 9.605/98, há possibilidade de composição no polo passivo tanto da pessoa física quanto da jurídica no cometimento de crimes contra o meio ambiente. Todavia, no que tange ao segundo tipo de responsabilidade aventado, há entendimento em sentido oposto, explicitamente exposto na coletânea de artigos que resultaram na obra coletiva **Responsabilidade penal da pessoa jurídica – em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**, coordenada por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti (2011). Em especial no tocante à poluição de recursos hídricos que, entre idas e vindas, chegou-se à conclusão de que é punível a atitude de poluir a água, independente do nível de pureza dela, devendo ser observado pelo legislador que há ainda uma elevada penalidade aplicada aos infratores, questão que deve, a nosso ver, ser revista. Igualmente, necessária se faz a aplicação da lei penal apenas quando outras medidas não mais forem aptas, bem como deverá sempre ser resguardada e garantida a proporcionalidade.

Com efeito, já vimos que a poluição dos recursos hídricos é aquela que maior traz problemas ao meio ambiente, tendo em vista que a água, como já demonstrado, pode ser encontrada em diversas formas e locais, e sua poluição pode se disseminar para outros meios, como solo, atmosfera e praia.

Entretanto, para que haja controle efetivo de quando há ou não poluição da água, bem como para coibir tal fato, quando da punição por via da aplicação penal, deve-se sempre levar em consideração a ocorrência do fato antijurídico e punível conforme a Resolução 20/86 do Conama (Conselho Nacional de Meio Ambiente) por meio da qual foram estabelecidos níveis aceitáveis de presença de elementos nocivos ao meio ambiente nas águas.

Em suma, podemos afirmar que a legislação de cunho penal somente deverá ser aplicada em desfavor daqueles que poluírem os recursos hídricos, considerando-se a impossibilidade de aplicação de outras legislações extrapenais. Ainda assim, a legislação penal deverá sempre conciliar-se com a resolução do Conama, para auferir a possibilidade e constatação do crime de poluição. Caso contrário, deverá ser considerado como crime impossível, não passível de punição penal.

5 O DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO* DA PROTEÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Após discorrer sobre a aplicabilidade dos diversos ramos jurídicos em consonância e interdisciplinaridade com o Direito Ambiental, chegamos à ilação de que ao Direito Penal compete regular os litígios de cunho ambiental quando outros meios legais ou jurídicos não forem capazes de, sozinhos, solucionarem o impasse.

Assim, discorreremos neste capítulo sobre a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima, que aponta o Direito Penal como *ultima ratio* para solução de celeumas, pautados ainda na teoria garantista de Luigi Ferrajoli, que zela pela aplicabilidade de um Direito Penal moderado pelas garantias processuais e constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Há ainda a aplicação do princípio da insignificância – implícito no ordenamento penal – que foi trazido por Claus Roxin coincidentemente à época da expansão e evolução da matéria ambiental. Defendemos a aplicabilidade desse princípio quando inserido em contexto tal que o dano praticado seja de pequena monta ou sequer prejudique de maneira irremediável a coletividade.

Traçaremos assim, amparados pelas questões penais, a aplicabilidade constante do princípio da precaução – inerente à Disciplina Ambiental – que está inserido inclusive na Carta Magna de 1988, ladeado ao mesmo tempo pela criação de políticas públicas que, a nosso ver, são hoje as melhores sugestões para desburocratização e celeridade da máquina Estatal. Por fim, abordaremos ainda a judicialização das referidas políticas públicas, amparadas, se forem necessárias, pela aplicabilidade de matérias de cunho extrapenal – Administrativo e Civil – para seu regular exercício.

5.1 Teoria garantista e intervenção mínima: a teoria garantista e o fundamento da *ultima ratio* do Direito Penal, cominados com a proteção dos recursos hídricos

O Direito Penal é matéria de complexo entendimento e aplicabilidade, que foi ao longo dos anos, em distintos contextos históricos, moldando-se de acordo com a conveniência das classes mais abastadas, em que se punia, via de regra, a escória da sociedade, por qualquer

que fosse o delito praticado, desde que servisse como exemplo para que outrem não praticasse conduta semelhante.

Colidia a aplicação da lei penal com interesses de cunho político, sempre com o intuito de uma proteção personalíssima, voltada às figuras da alta sociedade e com direcionamentos e aplicações distintas, não valendo à época a regra basilar hoje insculpida na maioria das Constituições, qual seja, a da igualdade entre os seres.

Entrementes, com o avançar das gerações e com a mudança social que foi pouco a pouco sendo impressa na sociedade, tornou-se necessário conhecer as finalidades do Direito Penal, com o fito, em especial, de possibilitar a aplicação mais próxima à realidade dos fatos narrados, buscando sempre um controle social sem, todavia, fazer distinção entre os entes que compõem o coletivo.

Sobre o tema, trazemos os ensinamentos do saudoso jurista Nilo Batista:

Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua. Com toda razão, assinala Cirino dos Santos que “a definição dos objetivos do Direito Penal permite clarificar o seu significado político, como técnica de controle social.” Aliás, a indagação sobre fins, que comparece em vários momentos particulares (na interpretação da lei, em teoria do bem jurídico, no debate sobre a pena, etc.), não poderia deixar de dirigir-se ao direito penal como um todo. (BATISTA, 2002, p. 23)

Mister também trazer as explicações do docente Luciano Santos Lopes sobre as funções inerentes ao tipo penal:

O tipo penal desenvolve funções bem definidas na dogmática penal. Uma primeira função é a de garantia, afirmando que o agente somente poderá ser punido se, e quando, cometer uma daquelas condutas proibidas por lei ou, ainda, deixar de praticar aqueles mandamentos também impostos legalmente. Dessa função decorre a segurança jurídica, como consequência necessária do princípio da legalidade.

[...]

Outras funções são as de seleção das condutas proibidas ou impostas pela lei penal, e de indiciar que a conduta é também ilícita. E, neste sentido, uma perfeita definição deste elemento do conceito analítico de crime é fundamental para a realização da segurança jurídica. É a própria manifestação da legalidade, dentro da estrutura dogmático-penal. (LOPES, 2014, p. 12)

Dentro do contexto cotejado, faz-se necessário inserir ao longo da evolução do Direito Penal a teoria garantista. Tratar de garantismo penal é não mais que esmiuçar o contexto histórico criminal ao longo dos séculos, traçando uma linha temporal horizontal que perpassa o período iluminista, calcado no século XVIII, desembarca no positivismo jurídico,

culminando, ao longo do tempo, nos complexos e heterogêneos pressupostos que dizem respeito à aplicação da lei penal e à evolução da citada teoria.

Luigi Ferrajoli, precursor do garantismo penal e jurista do qual nos valem como marco teórico de nosso estudo e sobre o qual trazemos elucubrações acerca do tema, sintetiza a questão suscitada na seguinte passagem:

[...] Os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade. (FERRAJOLI, 2014, p. 38)

Com efeito, percebe-se que a teoria garantista concretizou-se em um momento que podemos considerar como a evolução e expansão do Direito Penal, que tinha por objetivo resguardar o ser humano de arbitrariedades e crueldades relacionadas à aplicação e imposição de reprimendas por parte daqueles que eram responsáveis pela aplicação da lei, contrapondo-se ao modelo absolutista e fazendo prevalecer os princípios constitucionais e penais que visavam – e ainda visam – preservar os direitos fundamentais que foram conquistados ao longo da evolução do cenário jurídico.

Ferrajoli reconhece o Estado de Direito e preza pela legalidade; por conseguinte separa o direito e a moral, organizando a ideia de um Estado que tenha a aplicabilidade de suas normas jurídicas destinadas à proteção dos direitos fundamentais. Daí a ideia de que a teoria garantista serve como amparo à proteção do meio ambiente, que é consagrado dentro do rol dos direitos fundamentais.

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do estado em garantia dos direitos do cidadão.

[...]

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.

[...]

Segundo um terceiro significado, por fim, “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo. (FERRAJOLI, 2014, p. 785-787)

Todavia, é necessário observar que a preservação do Estado de Direito é, por vezes, refletido como a ideia – errônea a nosso ver – de que o processo de cunho penal deva ser a garantia maior da efetivação do referido Estado Constitucional de Direito. Aury Lopes Jr. tece comentário acerca do imbróglio, ao elucidar e criticar que “ao juiz penal não se pede, como ao juiz cível, algo que nos falta. O tal ‘bem da vida’ como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo” (LOPES JUNIOR, 2011, p. 30).

Ferrajoli edificou a teoria garantista sobre os pilares do Direito Penal mínimo, também chamado por ele de racionalismo jurídico, objetivando justificar a aplicação do Direito Penal estrita e restritivamente a casos inarredáveis e necessários à intervenção de tal ordenamento jurídico, observando sempre parâmetros bem definidos e elencados. Ferrajoli não propõe com sua teoria a deslegitimação do sistema penal, até mesmo porque, se assim fosse, iria novamente de encontro ao retrocesso do positivismo jurídico. Propõe, igualmente, a observância de uma legitimação da pena apta a tutelar os bens de maior interesse, como a vida, a dignidade humana e, aplicado na contemporaneidade, o ecossistema, nele incluído o bem natural imprescindível e de maior valia: a água.

Com essa ideia e distinção entre o Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo, Ferrajoli insistiu em sua tese de que a aplicação do Direito Penal deve sempre obedecer a critérios intrínsecos a fim de resguardar em todo e qualquer caso concreto – em que seja plausível a aplicação do Direito Penal – todas as garantias constitucionais e penais inerentes à aplicação da matéria.

Nesse ínterim, ressaltamos, como de praxe, seus desdobramentos doutrinários:

[...] não se admite qualquer imposição de pena que se produzam a comissão de um delito, sua previsão legal como delito, a necessidade de sua proibição e punição, seus efeitos lesivos para terceiros, o caráter externo ou material da ação criminosa, a imputabilidade e a culpabilidade do seu autor e, além disso, sua prova empírica produzida por uma acusação perante um juiz imparcial, em um processo público e contraditório em face da defesa e mediante procedimentos legalmente estabelecidos. (FERRAJOLI, 2014, p.101)

O Direito Penal mínimo, ou de intervenção mínima, quando concebido como *ultima ratio*, ratifica a ideia de que o ordenamento penal só será destinado à proteção de um bem jurídico quando outros ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens em conflito, dependendo assim, única e exclusivamente, do Direito Penal para que seja resguardado o interesse em questão.

Em contrapartida, Ferrajoli vai a descontro, obviamente, do Direito Penal máximo, também chamado por ele de irracionalismo jurídico, ao argumento de que este é dotado de ausência de limites no exercício do poder punitivo, dando azo a arbitrariedades:

Por isso, o primeiro modelo [direito penal mínimo] pode ser identificado como modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos [direito penal máximo], ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibus soluti* ou “totais”. Quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições. (FERRAJOLI, 2014, p. 101)

O doutrinador reconhece ainda que o Direito Penal mínimo pode coexistir e conviver com o Direito Penal máximo em alguns ordenamentos jurídicos, o que, a seu ver, se traduz na quebra das garantias penais asseguradas nas respectivas Constituições, uma vez que o segundo fere de morte todos os ditames consagrados pelas garantias asseguradas pelo primeiro:

Nos ordenamentos dos modernos Estados de direito, caracterizados pela diferenciação em vários níveis de normas, estas duas tendências opostas convivem entre si, caracterizando a primeira [tendência ao direito penal mínimo] os níveis normativos superiores e, a outra [tendência ao direito penal máximo], os níveis normativos inferiores, e dando lugar com sua separação a uma ineficiência tendencial dos primeiros e uma ilegitimidade tendencial dos segundos. (FERRAJOLI, 2014, p. 102)

Ferrajoli (2011, p. 54) reconhece, ainda, que os “bens ecológicos são bens fundamentais, de acessibilidade universal, indisponíveis, inalienáveis e, destarte, subtraídos do mercado” e que estes merecem também atenção da teoria garantista e sobre ela deve repousar a aplicabilidade da lei. Traduzimos essa questão em nosso estudo com o fato de que os recursos hídricos, bens naturais e fundamentais que por si se compreendem, quando sofrerem intervenções negativas, como a poluição, e vierem a ser analisadas as condutas à luz do Direito Penal – quando outro ordenamento não o comportar – deverá sempre ser analisado

sob os prismas do garantismo penal, que zela sempre por uma aplicação da lei que garanta os direitos básicos, essenciais e fundamentais do infrator ao mesmo tempo em que possibilita a atuação do Estado de maneira coerente com a realidade e o caso em si, zelando ainda por um modelo de Direito Penal racional.

Ditame de cunho essencial a ser abordado no tema diz respeito ao momento e à forma em que se deve ter a aplicação do Direito Penal na proteção de recursos hídricos. Amparado sempre pelos critérios da teoria garantista – que urge ressaltar não é sinônimo de inaplicabilidade da lei penal, mas sim aplicação da lei com observância de critérios que impliquem em assegurar as garantias fundamentais –, a aplicação da lei penal deve se pautar pela proporcionalidade da medida aplicável ao caso. Ou seja, sempre que for imprescindível a aplicação do Direito Penal para proteção de recursos hídricos, deve-se observar o quão afetado foi o recurso natural em questão e qual a sua magnitude perante a coletividade que dele depende e usufrui.

Nesse diapasão, convém citar novamente Ferrajoli:

O fato de entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser *adequada* ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. O princípio de proporcionalidade expressado na antiga máxima *poena debet commensurari delicto* é, em suma, um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico. (FERRAJOLI, 2014, p. 366)

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Canotilho, que denomina o princípio da proporcionalidade também como princípio da proibição do excesso:

O princípio da proibição do excesso, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (justa medida).

[...]

Uma medida será então exigível ou necessária quando não foi possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos ‘coactivo’, relativamente aos direitos restringidos. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito (= princípio da justa medida) significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adopte, ‘cargas coactivas’, ‘desajustadas’, ‘excessivas’, ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos. (CANOTILHO, 2003, p. 457)

O princípio da intervenção mínima, que rege o Direito Penal e que considera que este deva atuar na resolução de lides e na proteção de bens jurídicos como *ultima ratio*, dentro dos

limites garantistas, também deve pautar a atuação no âmbito concernente a crimes contra o meio ambiente e em especial à aplicação do Direito Penal no tocante à proteção de recursos hídricos. Nesse sentido, colacionamos os ensinamentos de Claus Roxin:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumento do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1997, p. 65)

Nilo Batista, por sua vez, um dos juristas precursores da doutrina penal brasileira, traz em sua obra lições sobre a *ultima ratio* no tocante à matéria penal, explicando inclusive sua estreita relação com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, os quais explicam que nem todas as ações que prejudicam os bens jurídicos são passíveis de proteção do Direito Penal. Deve por isso a matéria pautar-se apenas na tutela de bens de relevante interesse, uma vez que a pena é algo que está associado a uma intervenção radical e extrema; o Estado, por sua vez, deveria sempre se valer, *prima facie*, de matérias extrapenais para garantir o convívio harmônico na coletividade.

O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permite o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros pressupostos políticos do estado de direito democrático.

Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: fragmentariedade e subsidiariedade. Esta última, por seu turno, introduz o debate sobre a autonomia do direito penal, sobre sua natureza constitutiva ou sancionadora. (BATISTA, 2002, p. 85)

Trazer a noção de *ultima ratio* para o Direito Penal Ambiental é reforçar a ideia de que o meio ambiente tem outros mecanismos aptos e sólidos capazes de assegurar uma proteção contra ações que por ventura o degradem sem, com isso, depender das sanções penais como fonte primária. Ademais, no tocante aos recursos hídricos, não podemos nos esquivar da importância que representam tanto no tocante a bens fundamentais como bens naturais.

É importante observar qual foi a conduta praticada pelo agente e se, com ela, causou impactos de grande monta para a coletividade. Só assim se pode avaliar a necessidade da

aplicação da matéria penal, que provoca intervenções extremas e radicais em desfavor do indivíduo, como mencionado.

Com efeito, a pressão midiática faz, não raras vezes, o papel de transformar o Direito Penal em “*única ratio*”, embutindo na sociedade em geral o sentimento de impunidade em relação àqueles que cometem infrações ambientais, independentemente da grandeza desta. Ressaltamos que defendemos a ideia de que o meio ambiente em si é bem jurídico que merece atenção especial e que pode sim ser tutelado pelo Direito Penal. Mas deve-se restar esclarecido, em razão das críticas que possam surgir nesse mister, que de fato a mencionada intervenção tão só deve ocorrer em casos nos quais outros meios jurídicos não tiverem efetividade. Nessa toada, o Direito Penal tem sido utilizado e apontado de forma errônea nos últimos tempos, e a consequência disso se reflete no “imenso desgaste de sua capacidade de intimidação, em face da banalização da imputação penal e por outro, põe à mostra sua insuficiência como resposta às mazelas sociais” (KÄSSMAYER; BUSATO, s.d.).

Em suma, a aplicabilidade do Direito Penal na proteção dos recursos hídricos, que por si pode gerar consequências irreversíveis ao agente infrator, tem que ser analisada em cada caso concreto, uma vez que a aplicabilidade deve sempre ser direcionada a uma ofensa em desfavor da coletividade, de magnitude tal que seja especialmente importante a todos. O Direito Ambiental é dotado do princípio da precaução, colidente com a ideia de que é sempre melhor coibir e prevenir, antes inclusive que aconteça a degradação, ou seja, princípio este diferente da ideia repressora do Direito Penal. Ademais, muitas vezes não se pode mensurar o dano causado e com isso ficaria impossível incidir uma penalidade de cunho criminal em desfavor do infrator.

O ordenamento jurídico penal deve sempre se limitar às fronteiras que o cercam e atrelado a seus princípios norteadores pode, de fato, tutelar o meio ambiente, observando, todavia, que a referida tutela somente deve efetivar-se quando outras searas jurídicas não forem capazes de assim proceder. Igualmente, é mister analisar que no Direito Penal há o princípio da insignificância, que tem o condão exatamente de afastar a tipicidade da conduta e com isso ser uma excludente de ilicitude, o que, mais uma vez, demonstra que outros mecanismos, extrapenais, devem ser utilizados para que haja sanções de fato válidas e seja cumprido o primordial objetivo: a reparação do meio ambiente e de seu recurso natural – no caso em questão as águas –, devolvendo assim à coletividade o meio equilibrado e apto a ser utilizado dentro dos parâmetros legais estabelecidos.

5.2 Princípio da insignificância: princípio penal norteador para definição dos interesses dos bens jurídicos que devam ser tutelados pela matéria

O Princípio da Insignificância ou Princípio da Bagatela, como é denominado por alguns autores, é uma criação de cunho doutrinária que, no decorrer dos anos, percebeu a necessidade de não criminalizar determinadas condutas face à atipicidade destas perante o bem jurídico a ser tutelado e em consonância com a utilização do Direito Penal em prol da coletividade.

O princípio da insignificância, que rege o Direito Penal, é tratado por Zaffaroni – precursor da teoria na Argentina –, em uma de suas obras, como princípio de *proporcionalidad minima*, em que se esboça um paralelo entre a conduta lesiva e o bem jurídico a ser tutelado, deixando-se claro que o Direito Penal somente deve voltar sua atenção àquelas condutas que de fato importem na lesão de um bem significativo. Deve haver, todavia, uma correspondência entre o bem tutelado e a penalidade, de modo que somente receberá atenção de cunho penal quando realmente precisar. Nesse sentido preleciona o jurista e doutrinador:

La criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad "afectación de derechos que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto", las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos la pena " de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de la lesión que haya provocado". A este requisito se le llama principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión " se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo' que, dado que el derecho penal debe escoger entre irracionalidades, para impedir el paso de las de mayor calibre, no puede admitir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provoca ¹² . (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 130/131)

¹² A criminalização atinge um limite de irracionalidade intolerável quando o conflito é de ínfima lesividade, "violação de questões de direitos é grosseiramente desproporcional à magnitude da nocividade do conflito"; as agências legais devem observar, pelo menos, se o custo de direito vale a pena e se "a suspensão do conflito guarde um mínimo de proporcionalidade com o grau da lesão que tenha causado". Esse requisito é chamado de princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude e extensão da lesão "que se legitima a pena como retribuição, uma vez que continua a ser um poder de intervenção seletiva; é limitado a suspender o conflito sem resolvê-lo e desde o direito penal deve escolher entre irracionalidades, para impedir a passagem do mais alto calibre; não é possível admitir que nenhuma natureza racional do exercício do poder punitivo se agregue a uma irracionalidade nota máxima, ppor meio do qual se afetem bens de uma pessoa em desproporção grosseira com o mal que provocou. (Tradução nossa)

Teve sua origem no Direito Civilista e fora integrado ao Direito Penal por Claus Roxin, na década de 60 – mais precisamente em 1964 –, que coincidentemente colide com a expansão do Direito Penal e a evolução da era globalizada do mundo, que em tal momento começou a ter atenção direcionada também para o meio ambiente.

No ordenamento penal brasileiro, o princípio teve como precursor Francisco de Assis Toledo, que assim o descreve:

Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância. Não vemos incompatibilidade na aceitação de ambos os princípios que, evidentemente, se completam e se ajustam à concepção material do tipo que estamos defendendo.

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. (TOLEDO, 1999, p. 133-134)

Em consonância e paralelo com a intervenção mínima, mesmo em último caso de aplicação, ou seja, quando outros ramos do Direito não conseguirem suprir determinada lacuna, e houver incidência do Direito Penal, deverá tal ramo jurídico se atentar para não punir condutas de cunho irrelevante para a sociedade e que traga danos irreparáveis ao possível infrator. Em síntese, não deve o Direito Penal admitir tipos incriminadores aptos a dedicar-se a condutas inofensivas que sequer são capazes de ofender o bem jurídico.

Com efeito, o Princípio da Insignificância tem por objetivo tornar atípica uma conduta que não ofenda os interesses do tutelado. É de suma importância também que o princípio da insignificância seja aplicado em casos concretos, analisando cada caso e suas peculiaridades, bem como o local onde o crime fora cometido e, principalmente, em desfavor de quem foi cometido.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem cada vez mais firmado o entendimento de que, para que seja analisado o caso sob o prisma do Princípio da Insignificância, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por alguns critérios “norteadores”.

Nesse sentido, o Ministro Menezes Direito assegurou as seguintes circunstâncias:

- (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (STF, Habeas Corpus 94439/RS. Relator: Ministro Menezes Direito, Julgamento: 3.3.2009, Pub. 2.4.2009)

Por fim, há de se observar que o Princípio da Insignificância não é causa excludente de punibilidade do agente, mas torna a infração penal atípica e conseqüentemente absolve o indivíduo. Pode, igualmente, receber sanções de cunho extrapenal e por outras medidas reparar o dano e a vítima quando lhe aprouver.

5.2.1 Aplicabilidade no tocante à proteção de recursos hídricos

Como descrito em tópico anterior, para analisar a aplicabilidade do Princípio da Insignificância, é necessário observar qual bem jurídico está sob enfoque. No caso em comento, perquire-se pelo meio ambiente e em especial os recursos hídricos, componentes do ecossistema e responsáveis pela manutenção da vida terrestre e aquática.

Considerando-se o bem jurídico como o meio ambiente, não se pode esquivar de que este deve ser sempre preservado para as atuais e futuras gerações, conforme preleciona a própria Constituição da República, assegurando sempre uma qualidade de vida condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa esteira, erige-se a dúvida: um dano ao meio ambiente, independente de qual seja a proporção, pode ser considerado insignificante?

O Direito Ambiental é, de fato, um ramo do Direito que se relaciona com outras disciplinas e por isso percorre todos os outros ramos jurídicos, inclusive o Direito Penal. Cada vez mais, percebe-se a ausência de uniformização da Jurisprudência no que diz respeito à aplicabilidade do Princípio da Insignificância quando se trata de crimes ambientais, em especial no tocante aos recursos hídricos, uma vez que é cediço que as águas quando contaminadas podem se dissipar de maneira tal que atinja diversos outros componentes do ecossistema e, conseqüentemente, prejudique os seres vivos.

De mais a mais, algumas condutas podem parecer ínfimas ao ser analisadas em uma primeira conjectura, como o simples lançamento de um resíduo sólido – uma lata de refrigerante – em um pequeno manancial. Entretanto, uma simples conduta lesiva ao meio ambiente, ao ser analisada sob critérios mais detalhados por especialistas da área ambiental, pode demonstrar que são determináveis e prejudiciais ao equilíbrio ecológico.

Nessa seara, o Direito Penal Ambiental possui o *telos* de proteger o meio ambiente criando sanções àqueles que, com suas condutas, possam dar ensejo a um desequilíbrio completo e complexo que culmine em prejuízos atrelados ao desenvolvimento sustentável.

Nada obstante, é necessário fazer uma análise criteriosa do “olhar” do Direito Penal, aliado ao Direito Ambiental, a fim de que as condutas praticadas pelos agentes sejam punidas e resguardem o meio ambiente, mas que condutas não prejudiciais não causem nenhum prejuízo ou restrição de liberdade ao autor. Por isso, a importância da análise e aplicação do Princípio da Insignificância quando se tratar de crimes ambientais.

Tratando especificamente da proteção ambiental, a primeira indagação que deve ser feita é se existe lesão que possa ser considerada insignificante. A resposta a tal pergunta deve ser positiva, mas com cautela. Não basta que a pouca valia esteja no juízo subjetivo do juiz. É preciso que fique demonstrada no caso concreto. É dizer, o magistrado, para rejeitar uma denúncia ou absolver o acusado, deverá explicitar, no caso concreto, por que a infração não tem significado. Por exemplo, em crime contra a fauna não basta dizer que é insignificante o abate de um animal. Precisa deixar claro, entre outras coisas, que este mesmo abate não teve influência no ecossistema local, na cadeia alimentar, analisar a quantidade de espécimes na região e investigar se não está relacionado entre os que se acham ameaçados de extinção. (FREITAS, 2012, p. 44)

A Lei 9.605/98 tem por objetivo discriminar as condutas que são passíveis de serem punidas quando prejudiciais ao meio ambiente. Interpretar a insignificância nesses casos, como já dito, é algo que tem que ser feito sob um olhar criterioso e em observância aos critérios interdisciplinares.

O crime de poluição de recursos hídricos, como dito, pode de fato receber atenção do Direito Penal. A nosso ver, quando forem abarcadas situações em que o prejuízo e o dano causado à coletividade sejam irreversíveis e não seja possível, por outros meios – sejam políticas públicas ou jurídicos extrapenais –, impingir sanções aptas a reparar os prejuízos e os danos ambientais, ao mesmo tempo em que tenha o condão de criar naqueles que foram prejudicados a sensação de que os infratores sofreram as devidas consequências pelos atos praticados.

Todavia, não pode ser o Direito Penal usado a bel-prazer, de maneira indiscriminada, para punir, por exemplo, aquele que de maneira descuidada e sem observância mais criteriosa, ou simplesmente por desconhecimento face sua situação econômica e social – comum em comunidades ribeirinhas – lança um determinado rejeito em um afluente que circunda sua propriedade, sem causar maiores celeumas, tanto para o próprio rio, quanto para a população que dele se vale. Se assim o for, pela delonga que é inerente à tramitação dos processos penais, ao longo do tempo traria a sensação de impunidade, ao mesmo tempo em que

aumentaria a ideia de um Direito Penal meramente simbólico, ideia essa que vai em desencontro com o objetivo inerente ao ordenamento jurídico penal.

No caso dos recursos hídricos, há de ser observado ainda que situações consideradas ínfimas para o Direito Penal e por isso abarcadas pelo princípio da insignificância são carecedoras de atenção por parte de outros meios. Entrementes, deve-se dar total respaldo e celeridade a esses meios, para que tenham crédito perante aqueles prejudicados. Ocorre que o Direito Penal, por ter seu caráter repressor e sancionador, não raras vezes é tido como matéria que representa maior intimidação. Porém, isso não pode ser difundido de maneira indiscriminada. Nesse sentido, preleciona Silva Sánchez quando trata do descrédito de outras instâncias de proteção:

É inegável que, deixando de lado outras considerações, as normas da moral social – como *normas* que são – desempenham uma função de orientação, ao permitir predizer em certa medida a conduta dos demais, de modo que caiba renunciar assim ao permanente processo de asseguramento cognitivo. Mas, então, a ausência de uma ética social mínima torna, de fato, imprevisível a conduta alheia e produz, obviamente, a angústia que corresponde ao esforço permanente de asseguramento fático das próprias expectativas, ou a constante redefinição das mesmas. Pois bem, as sociedades modernas, nas quais durante décadas se foram demolindo os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, não parecem funcionar como instâncias autônomas de moralização, de criação de uma ética social que redunde na proteção dos bens jurídicos. (SÁNCHEZ, 2002, p. 58)

Hodiernamente, os Tribunais Superiores ainda divergem quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância. Há um imbróglio jurídico sobre qual princípio deve se sobrepor. Se o princípio da insignificância insculpido implicitamente no Direito Penal ou o princípio da precaução, que rege o Direito Ambiental.

Reiteramos nosso entendimento sempre no norte de que seja preterida a aplicação de normas extrapenais em detrimento de normas penais, garantindo as estas últimas o *status* de *ultima ratio*, e, em casos de pequena monta, em que o dano seja reversível ou não atinja sobremaneira a coletividade, que sejam suscitados os direcionamentos do princípio da bagatela, para, também, fazer valer a aplicação de políticas públicas ou de normas jurídicas que não tenham cunho penal.

5.3 Princípio da precaução: princípio basilar do Direito Ambiental que justifica a aplicação da matéria em prol do Direito Penal

O princípio da precaução está explicitamente elencado nas diretrizes norteadoras da disciplina jurídica ambiental. Esse princípio nos traz a ideia de que é imperiosa uma garantia contra alguns riscos provavelmente existentes, mas que não podem ser cientificamente identificados.

Nesse sentido são as lições de Paulo Affonso, considerado por muitos autores como doutrinador de maior destaque no tema:

Os riscos são reais e irreais ao mesmo tempo. De um lado, existem ameaças e destruições que são já bem reais: a poluição ou a morte das águas, a desapareção de florestas, a existência de novas doenças etc. Do outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside justamente nos perigos que se projetam para o futuro. Na sociedade do risco, o passado perde sua função determinante para o presente. É o futuro que vem substituí-lo e é, então, alguma coisa de inexistente, de construído, que se torna a 'causa' da experiência e da ação no presente. (MACHADO, 2014, p. 95)

Há algum tempo, buscava-se a certeza científica para que fosse possível adotar medidas impeditivas da degradação ambiental.

Na contemporaneidade, não há mais a necessidade dessa certeza, se existe um risco provável, devemos realizar intervenções imediatas para impedi-lo ou ao menos reduzi-lo. É o que observamos no princípio de nº 15 da Declaração da Rio 92:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (ONU, 1992a)

Segundo o entendimento de alguns autores, a incerteza privilegia o meio ambiente, ou seja, o interessado atrai para si a necessidade de provar que aquela atividade pretendida não traz riscos de degradação, seria o "*in dubio pro medio ambiente*".

Entretanto, entende-se que o princípio da degradação não deve ser aplicado indistintamente a qualquer risco e sim a prováveis riscos graves, caso contrário poder-se-ia dificultar ou até mesmo inviabilizar o desenvolvimento.

Geralmente aquele que acusa possui o ônus da prova, contudo, no caso do meio ambiente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem decidido pela inversão do *onus probandi*,

ou seja, aquele que visa uma atividade potencialmente causadora de danos ambientais deve provar que não existem riscos ou que eles são mínimos, o que *per si* também se distingue do Processo Penal:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. 1. Fica prejudicado o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia. 2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes. 3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 972902/RS, Min. Eliana Calmon, DJe 14.9.2009)

Pode-se observar também o princípio da precaução no artigo 3º, item 3, da Convenção do Quadro das Nações Unidas sobre a mudança do clima, assinada em Nova Iorque em 9 de maio de 1992:

As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar e minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser fiscalizadas em função dos custos, de modo a assegurarem benefícios mundiais ao menor custo possível. (ONU, 1992b)

No Brasil, observa-se o princípio em estudo no artigo 225, § 1º, incisos IV e V, da Constituição Federal de 1988:

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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

[...]

IV - 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;

V - 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 (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

Noutro giro, José Adércio Sampaio aduz que há uma dificuldade na aplicação do princípio da precaução, tendo em vista que o risco varia de cultura para cultura, podendo variar, inclusive, dentro da mesma cultura. Aponta, ainda, um grande paradoxo e duas teorias que dividem opiniões:

Desde então esse princípio tem despertado atenção de ambientalistas, filósofos, juristas e de autoridades estatais. E, por certo, tem dividido opiniões. Seu caráter semanticamente aberto tem possibilitado diversas interpretações que, *grosso modo*, podem ser resumidas em duas grandes concepções: uma forte, outra fraca.

Ambas têm em comum o primado da dúvida sobre o impacto ambiental de qualquer atividade humana e a adoção de medidas destinadas a salvaguardar o meio ambiente, mas se diferenciam quanto à orientação das medidas.

A concepção forte postula o impedimento das ações lesivas e a máxima *in dubio pro natura*, quase sempre amparada na ideia de que os sistemas naturais têm direitos e valores intrínsecos, que não podem ser apurados e postos na balança ao lado de outros interesses. (SAMPAIO *et al*, 2003, p. 59)

Portanto, o que seria risco grave? Como mensurá-lo no tocante aos recursos hídricos? Essas questões são tormentosas e vários autores buscam respostas, mas o entendimento mais adequado é aquele que vê na proporcionalidade a resposta para todas essas indagações. Assim, mais uma vez adaptamos o princípio da proporcionalidade às questões de cunho ambiental, o qual está embasado no trinômio necessidade, adequação e proporcionalidade propriamente dita. Portanto, ao analisar a necessidade de prevenir riscos não cientificamente identificados, devemos ficar atentos a esses três critérios. Caso contrário arbitrariedades podem ser cometidas.

O princípio da precaução possibilita uma análise mais assertiva por profissionais da área ambiental e permite assim que sejam adotadas medidas capazes de zelar pelo bem natural, em especial os recursos hídricos, fazendo valer a máxima da precaução e concomitantemente da prevenção, evitando assim a ocorrência de danos ambientais e conseqüentemente a judicialização das condutas perpetradas.

Dessa feita, mostra-se que é possível e necessário adotar medidas extrapenais que tenham por objetivo zelar pelo meio ambiente e proteger as gerações atuais e vindouras de maneira a também não causar danos pessoais de cunho penal, não raras vezes irreversíveis.

5.4 Propostas: sugestões para uma tutela mais adequada e efetiva dos recursos hídricos

Foi visto ao longo dos capítulos que os recursos hídricos são bens jurídicos e naturais carecedores de proteção face à magnitude de que são compostos e pela importância que representam como um todo.

Ademais, as águas são suscetíveis a intervenções do ser humano, que o faz de maneira direta, por meio de lançamentos de resíduos ou dejetos nas águas em geral – rio, mares, bacias hidrográficas, etc. – ou indireta, por meio de ações industriais.

Todavia, é imperiosa a conscientização do ser humano e a criação de políticas públicas, direcionadas com o fito de traçarem diretrizes que tenham por objetivo a adoção de medidas que possam minimizar os impactos no meio ambiente aquático. Uma política pública de grande valia e celeuma é o saneamento básico, que hoje ainda está ausente em muitas comunidades, causando sérios impactos nas águas. Compete ao poder público a adoção de medidas aptas à ampliação de saneamento básico, amplificando dessarte a atuação na proteção de recursos hídricos.

Outra medida plausível seria a fiscalização para fiel cumprimento do disposto no artigo 225, §1º, incisos IV e V, da Constituição da República, que disciplina o princípio da precaução. Com tal medida, o Estado ao exigir os devidos estudos sobre impactos ambientais – e também efetivamente fiscalizar – implicaria assim em redução de demandas litigiosas.

Com efeito, é sabido que a criação de políticas públicas – sob tal prisma, o melhor caminho para proteção de recursos hídricos – exige determinadas ações dos governantes, mais precisamente dos membros do Poder Legislativo e, em contrapartida, a aceitação e adequação das políticas pelos governados. Ademais, o caminho legal exige burocratização acentuada de posturas que muitas vezes dificultam a célere adequação das ações. Todavia, faz-se mister, quando necessário, a judicialização de políticas públicas ou o aparelhamento da máquina administrativa para que órgãos de proteção do meio ambiente possam dar sequência e andamento aos trabalhos, evitando, ao máximo, o litígio penal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do trabalho, face às abordagens tratadas nos capítulos que foram desenvolvidos, concebemos que é indiscutível que deva haver uma atenção destinada à proteção dos recursos hídricos, os quais são considerados recursos naturais de maior abrangência e relevância no meio ambiente e possuem capacidade de se unir a outros recursos naturais de maneira célere e, com isso, em caso de estarem as águas contaminadas ou poluídas, consequentemente repassar o dano aos demais componentes do ecossistema e causar impactos prejudiciais à coletividade.

Buscou-se, então, estudar quais seriam as medidas plausíveis e aptas a resguardar o meio ambiente aquático e com isso precaver o dano ou, em caso de já ter ocorrido, qual seria a maneira mais eficaz e condizente para impor sanções ao agente que deu causa ao fato.

O Direito Penal é matéria jurídica de cunho repressor, que em tempos primevos, em um momento social em que não havia preocupação com o coletivo e o meio ambiente, direcionava seus esforços a uma punição individualista e personalíssima, eminentemente calcado em diretrizes punitivas, em que o Estado entendia que todos e quaisquer atos que fossem em desconformidade com a moral e os costumes deveriam sofrer as sanções insculpidas nos códigos, para servir de exemplo e também prevenir a reincidência.

Com o passar dos tempos e com o avanço tecnológico e industrial o Direito Penal buscou, através do expansionismo, se adequar ao novo modo de vida da coletividade, objetivando com isso a proteção dos bens jurídicos difusos, calcando a matéria em prol de um desenvolvimento sustentável para as gerações presentes e as vindouras.

A partir da década de 70, coincidindo com o avanço industrial e o consequente impacto ambiental desenfreado que era causado pelas indústrias, tornou-se imperiosa a criação e ampliação de uma matéria jurídica destinada a salvaguardar os recursos naturais componentes do ecossistema. Surgiu, então, o Direito Ambiental.

O Direito Ambiental por si só não era – e ainda não é – capaz de prevenir os danos ambientais ou sequer punir os agentes causadores. Por isso, o ramo jurídico ambiental caracterizou-se pela facilidade de se relacionar com outras matérias jurídicas, em especial o Direito Civil, o Direito Administrativo e o Direito Penal. Surgem a partir dessas junções matérias conhecidas como Direito Civil Ambiental, Direito Administrativo Ambiental e

Direito Penal Ambiental, de cunho eminentemente doutrinário e que têm o condão de orientar os aplicadores da lei.

O estudo em questão trabalhou a proteção dos recursos hídricos. E, a partir das abordagens que foram traçadas, questionou-se: Qual a melhor forma de proteger os recursos hídricos? Pode o Direito Penal, matéria eminentemente repressora, voltar seus esforços para a punição dos agentes que causarem danos às águas?

Dúvidas não restam de que a melhor forma de proteção dos recursos hídricos é através da prevenção e da precaução, institutos que por sinal são princípios basilares do Direito Ambiental. Todavia, seria utopia imaginar que os referidos institutos são, por si só, capazes de proteger o meio ambiente aquático e que, com suas diretrizes, evitariam todo e qualquer tipo de degradação.

Com efeito, quando não for possível prevenir ou precaver e, em contrapartida, o dano for ocasionado, será necessária a aplicação de sanções aptas a reparar o dano ou, a depender do caso, impor penalidades diretamente em desfavor do agente causador, seja ele pessoa física ou jurídica. Para isso, vale-se o aplicador da lei dos ramos jurídicos trabalhados com destaque no capítulo 2, especificamente no tópico 2.2 e seus desdobramentos.

No decorrer do estudo, direcionamos de modo a chegar à conclusão de que entre as possibilidades possíveis de imposição de sanções deve sempre o aplicador da lei buscar, em primeiro plano, as sanções eminentemente cíveis e administrativas, que são dotadas de mecanismos próprios aptos a exigir a reparação do dano e, ao mesmo tempo, criar obrigações e limitações contra aquele que o causou. Associado a isso, emerge-se a necessidade de criação de políticas públicas, como forma de intervenção do Estado de maneira a conscientizar a coletividade e, ao mesmo tempo, ter em contrapartida ações necessárias a um desenvolvimento sustentável condizente com a dignidade humana.

O Direito Penal tem seu lugar na proteção do meio ambiente, assim como também se destaca pela atuação na proteção de bens difusos, que ganhou espaço a partir do momento expansionista da matéria. Todavia, é imperioso observar que o ramo penalista deve ser usado como matéria de exceção, ou seja, se, e somente se, outros meios ou áreas jurídicas não forem capazes de solucionar a lide aventada. O ordenamento penal é caracterizado e formatado dentro dos princípios da fragmentariedade, subsidiaridade, insignificância e, em especial, da intervenção mínima. Este último, também denominado *ultima ratio*, pilar do trabalho em questão, entende que o Direito Penal é de fato matéria apta a salvaguardar bens jurídicos

somente quando estes forem de relevância ímpar para a manutenção da ordem na coletividade.

Enfim, reconhecemos com nosso estudo que há uma constante necessidade de um olhar mais atento e direcionado para o meio ambiente, em especial para os recursos hídricos, que são responsáveis pela manutenção do planeta – tanto no plano individual como corporativo –, inclusive por serem considerados direitos fundamentais em nosso ordenamento constitucional. Todavia, não se pode, por influências não raras vezes meramente midiáticas, tumultuar o Poder Judiciário nas esferas criminais – estaduais e federal –, usando a bel prazer a codificação penal para tentar medidas mais céleres e simbolicamente eficazes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARZT, Gunther; ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução Eugênio Pacelli de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. A judicialização da vida. **Consultor Jurídico**, 22 dez. 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2. Acesso em: 13 maio 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. Tradução Vicente Sabino Júnior. São Paulo: Editora CD, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** – lições de Filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, n. 37, Salvador, 2014. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ALICE-GONZALEZ.pdf.p.03>>. Acesso em: 3 set. 2015.

BORRILLO, Daniel. Delitos ecológicos y derecho represivo del medio ambiente: reflexiones sobre el derecho penal ambiental en la Unión Europea. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, n. 1-14. São Leopoldo, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2.ed. São Palo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. Resolução n.º 20, de 18 de junho de 1986. **Diário Oficial da União**, 30 jul. 1986. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res2086.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Sala das sessões do Governo Provisório, 11 de outubro de 1890, 2º da República. **Coleção de Leis do Brasil**, 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 2 jan. 2016.

BRASIL. Decreto n.º 23.777, de 23 de janeiro de 1934. Regulariza o lançamento do resíduo industrial das usinas açucareiras nas águas fluviais. **Diário Oficial da União** - Seção 1, Rio de Janeiro, 31 jan. 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23777-23-janeiro-1934-501483-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. **Consolidação das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 27 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>. Acesso em: 2 jan. 2016.

BRASIL. Decreto Federal n.º 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 2 jan. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm>. Acesso em: 2 jan. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 maio 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 9.070, de 15 de março de 1946. Dispõe sobre a suspensão ou abandono coletivo do trabalho e dá outras providências. Revogado pela Lei n.º 4.330, de 1º de junho de 1964. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 16 de março de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9070.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 fev. 1998, retificado em 17 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei n.º 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 jan. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 3 jan. 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9984.htm>. Acesso em: 3 jan. 2016.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 3 jan. 2016.

BRASIL. Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Lei n.º 50.877, de 29 de junho de 1961. Dispõe sobre o lançamento de resíduos tóxicos ou oleosos nas águas interiores ou litorâneas do país, e dá outras providências. Revogado pelo Dec. s/n – 5 set. 1991. **Diário Oficial**, 19 jun. 1961.

BRASIL. Lei n.º 11.949, de 17 de junho de 2009. Dá nova redação à Lei nº 10.304, de 5 de novembro de 2001, que transfere ao domínio dos Estados de Roraima e do Amapá as terras pertencentes à União e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jun. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11949.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Lei n.º 8.930, de 6 de setembro de 1994. Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 set. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 972.902. Ação Civil Pública. Processual civil e ambiental – ação civil pública – dano ambiental – adiantamento de honorários periciais pelo *Parquet* – matéria prejudicada – inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985 – princípio da precaução. Relatora: Ministra Eliana Calmon. **Diário do Judiciário eletrônico**, 14 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A G. Reg. na Suspensão de Segurança 4.739 / Ceará. Relator: Min. Gilmar Mendes. Voto proferido no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 4.739 – CE. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308004486&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal [...]. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DF, **Diário do Judiciário**, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94439/RS. Habeas corpus. Penal. Crime de furto (art. 155, caput, do CP). Princípio da insignificância. Hipótese de não-aplicação. Precedentes [...]. Relator: Ministro Menezes Direito. Primeira Turma. Julgamento: 3.3.2009. **Diário do Judiciário eletrônico**, 2 abr. 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3576909/habeas-corpus-hc-94439-rs>>. Acesso em: 3 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 48.207. O Decreto-Lei 9.070 de 15 de março de 1.946 criou restrições ao exercício do direito de greve, maiores em se tratando de atividades fundamentais (água, energia elétrica, esgotos, comunicações, transportes, etc) [...] Relator: Min. Luis Gallotti. Primeira Turma. Julgamento: 1.1.1970. **Diário do Judiciário**, 17 out. 1963, p. 03074. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14580554/recurso-extraordinario-re-48207>>. Acesso em: 3 set. 2015.

CAGLIARI, Cláudia; SIMIONATTO, Danilo; RAMBO, Cristiane. O Direito Ambiental e a globalização. **Veredas do Direito**. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. v. 7, n. 13/14, Belo Horizonte, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARLI, Ana Alice de. Água, bem da vida: riqueza a ser respeitada! **Revista Direito e Justiça**, n. 25. Santo Ângelo: Urisan, 2010.

CHIAVENATO, Júlio José. **O massacre da natureza**. 2.ed. São Paulo: Editora Moderna, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUSTÓDIO, Maraluce Maria; MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves. Direito Penal e Ambiental: uma necessária interlocução. Medio ambiente & Derecho. **Revista Electrónica de Derecho Ambiental**, n. 28-29. Sevilla, 2015.

DIAS, Jorge Figueiredo. **O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras**. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2015.

DONAIRE, Dênis. Considerações sobre a influência da variável ambiental na empresa. **Revista de Administração de Empresas**, v. 34, n. 2, São Paulo, 1994.

FARIAS, Paulo José Leite. **Água: bem jurídico econômico ou ecológico?** Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Ivete Senise. Poluição e tutela penal ambiental. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 93, São Paulo, 1998.

FILHO, Ney de Barros Bello. Anotações ao crime de poluição. **Revista CEJ**, n. 22, Brasília, 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegoari. **Crimes ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiro; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira. **Aulas de teoria do estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FREIRE, William; MARTINS, Daniela Lara. **Dicionário de Direito Ambiental e vocabulário técnico do meio ambiente**. 2.ed. Belo Horizonte: Jurídica, 2009.

FREITAS, Vladimir de Passos. Águas – considerações gerais. In: **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FREITAS, Vladimir de Passos. Tutela civil das águas. In: **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**. Belo Horizonte: Mandamento, 2003.

GERALDES, André Gustavo de Almeida. **Tutela jurídica dos mananciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

GOULART, Leandro Henrique; FERNANDES, Josiane Livia. Direito à propriedade e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a colisão de direitos fundamentais. **Veredas do Direito**, v.9, n.17, Belo Horizonte, janeiro/junho 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas** – disciplina jurídica das águas doces. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GUIMARÃES, Bergson Cardoso. Águas e proteção ambiental: o caso da exploração (in) sustentável das águas minerais no Circuito das Águas do sul de Minas. In: MOROMIZATO, Consuelo Yatsuda (Org.). **Recursos hídricos: aspectos éticos, jurídicos, econômicos e socioambientais**. Campinas: Editora Alínea, 2007.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JÚNIOR, José de Sena Pereira. **Recursos hídricos: conceituação, disponibilidade e usos**. Brasília: Consultoria Legislativa, 2004.

KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção mínima x precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental? **GENJurídico**, s.d., s.l. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/01/05/intervencao-minima-x-precaucao-conflito-entre-principios-no-direito-penal-ambiental/#_ftn1>. Acesso em: 2 jan. 2016.

LANFREDI, Geraldo Ferreira; LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana; LANFREDI, Cristian Sant’Ana; LANFREDI, Cristiano Sant’Ana. **Direito Penal na área ambiental**. Os aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, Luciano Santos. O tipo legal de crime: sua evolução e importância na dogmática penal. In: **Revista do Curso de Direito do UNIFOR**, v. 5, n. 2, 2014, p. 70-83.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos cursos de água internacionais**. (Elaboração da Convenção sobre o Direito Relativo à Utilização dos Cursos de Água Internacionais para Fins Diversos dos de navegação – Nações Unidas/1997). São Paulo: Malheiros, 2009.

MALUCELLI, Marcelo. Tutela penal das águas. In: **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

MILARÉ Édís; JUNIOR, Paulo José da Costa; COSTA, Fernando José da. **Direito Penal Ambiental**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO CERRI, Mauro; FERREIRA, Gilda Carneiro. Poluição: incompatibilidades entre conceitos legal e técnico. **Revista Geociências – UNESP**, v. 28, n.2, São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, Marcio Luis. Água, o bem da vida. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, ano 15, n. 54, p. 7-9, Belo Horizonte: Editora Forum, out./dez. 2014.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992a.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convenção do Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima**. Nova Iorque, 1992b.

PACIORNICK, Joel Ilan. Tutela administrativa das águas. In: **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010.

PEREIRA, R. S. Identificação e caracterização das fontes de poluição em sistemas hídricos. **Revista Eletrônica de Recursos Hídricos**, IPH-UFRGS, v. 1, n. 1, p. 20-36, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<http://www.abrh.org.br/informacoes/rerh.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

PES, João Helio Ferreira. Água potável e a teoria dos bens fundamentais de Luigi Ferrajoli. XXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. **Anais...** Niterói, Rio de Janeiro, 2012. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 103-126.

POMPEU, Cid Tomanik. Águas doces no Direito brasileiro. In: **Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. São Paulo: Escrituras, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica – em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REBOUÇAS, Aldo da C. Água no Brasil: abundância, desperdício e escassez. **Bahia Análise & Dados**, v. 13, n. ESPECIAL, Salvador, 2003.

REPUBLICA DA COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia n. T-578/92**. Servicios Publicos Domiciliarios-Finalidad/Derecho al Servicio de Acueducto. Magistrado ponente: Alejandro Matinez Caballero. Santa Fe de Bogotá D.C., 3 nov. 1992. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-578-92.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

RIBEIRO, Luiz G. Gonçalves; REZENDE, E. N. Mina do engenho: rompimento de barragem. Homicídio como crime ambiental: uma teratológica acepção do Direito Penal? **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 39, p. 220-236, 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufg.emnuvens.com.br/revfd/article/view/35412/20475>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

RIBEIRO, Luiz G. Gonçalves; SENESI FILHO, P. G. Apontamentos sobre a tutela penal do ambiente. **Argumentum** (UNIMAR), v. 15, p. 307-325, 2015. p 314. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/91/16>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

RISTER, Carla Abrantkosk. **Direito ao desenvolvimento** – antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte geral**. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Tradução José Lins Albuquerque Filho. Organização Paula Yone Stroch. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental** – na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2.ed. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha e William Terra de Oliveira São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos; MARTINS, Renata de Freitas. **Poluição: considerações ambientais e jurídicas**. **Revista Imes de Direito – USCS**, São Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental** – introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

SHIVA, Vandana. **Guerra por água** – privatização, poluição e lucro. Tradução Georges Kormikiaris. São Paulo: Radical Livros, 2006.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. **Responsabilidade penal pela má utilização da água**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, n. 12, p. 85-89, set./dez. 2000. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/365/513>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. **Revista Bonijuris**, n. 628, Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/bem-juridico-federal-41278381>>. Acesso em: 2 jan. 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de Direito Econômico**. 6.ed. São Paulo: Editora LTR, 2005.

STROKES, Philip. **Os 100 pensadores essenciais da filosofia** – dos pré-socráticos aos novos cientistas. Tradução Denise Cabral de Oliveira. Rio de Janeiro: Difel, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3.ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. **Preservação das nascentes**: o pagamento por serviços ambientais ao pequeno provedor. Belo Horizonte: Folium, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Carlos E. M.; HESPANHOL, Ivanildo; NETTO, Oscar de M. Cordeiro. Cenários da gestão da água no Brasil: uma contribuição para a “visão mundial da água”. **Bahia Análise & Dados**, v. 13, n. ESPECIAL, Salvador, 2003.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VIEIRA, Vanderson Roberto. As funções do Direito Penal e as finalidades da sanção criminal no estado social democrático de direito. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídico e Financeiros**. Brasília: Faculdade Processus, 2012.

ZAFFARONI, Rau Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: parte general. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Reflexiones sobre el derecho penal ambiental**. Estudios sobre justicia. Homenage al professor Julio B. J Maier. Buenos Aires: Del Porto, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de Derecho Penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1998.

APÊNDICE: ANÁLISE DE CASO

O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO EM MARIANA – MG: as consequências para os recursos hídricos e a responsabilidade penal

No dia 5 de novembro do ano de 2015, os noticiários informavam o maior desastre ambiental ocorrido no país até então. Tratava-se do rompimento da barragem de Fundão, em terreno explorado pela mineradora Samarco, na cidade de Mariana em Minas Gerais.

A presente seção será trabalhada com base em dados contidos no laudo técnico preliminar apresentado – ainda em novembro de 2015 – pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA –, pela Diretoria de Proteção Ambiental – DIPRO – e pela Coordenação Geral de Emergências Ambientais – CGEMA.

Na ocasião o laudo definiu o ocorrido como um desastre ambiental de magnitude máxima, conforme elucidado:

O desastre em análise, quanto à intensidade, classifica-se como Desastre de Nível IV, **“desastre de muito grande porte”**, conforme classificação da Defesa Civil. Os desastres desse último nível são caracterizados quando os danos causados são muito importantes e os prejuízos muito vultosos e consideráveis. Nessas condições, esses desastres não são superáveis e suportáveis pelas comunidades, mesmo quando bem informadas, preparadas, participativas e facilmente mobilizáveis, a menos que recebam ajuda de fora da área afetada, como foi o caso¹³.

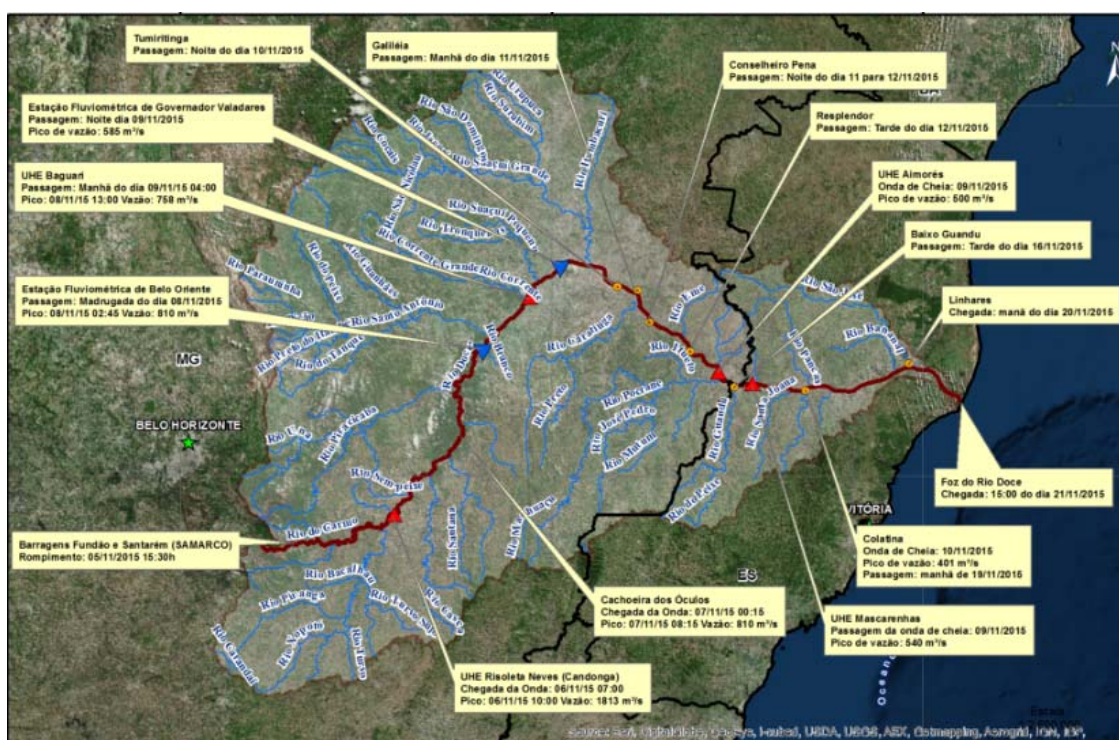
O impacto culminou com desdobramento de tamanho inestimável e prejuízos incontroláveis tanto no que diz respeito à ordem econômica, como também em assuntos de cunho personalíssimo, como o desaparecimento e morte de populares e trabalhadores da região.

O laudo técnico preliminar esboçou, ainda, naquela oportunidade a provável dimensão do dano, calculando em 663,2 km de extensão ao longo do corpo de água, atingindo diversos rios e mares, dentre eles o Rio Doce, ao longo dos Estados de Minas Gerais, Espírito Santo e posteriormente avançando para a Bahia.

¹³ IBAMA. **Laudo técnico preliminar**. Impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais. Nov. 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias_ambientais/laudo_tecnico_preliminar.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2016.

No dia 05/11/2015 ocorreu o rompimento da barragem de Fundão, pertencente ao complexo minerário de Germano, no município de Mariana/MG. A barragem continha 50 milhões de m³ rejeitos de mineração de ferro. Trata-se de resíduo classificado como não perigoso e não inerte para ferro e manganês conforme NBR 10.004. Trinta e quatro milhões de m³ desses rejeitos foram lançados no meio ambiente, e 16 milhões restantes continuam sendo carreados, aos poucos, para jusante e em direção ao mar, já no estado do Espírito Santo. Portanto, pode-se dizer que o desastre continua em curso. Inicialmente, esse rejeito atingiu a barragem de Santarém logo a jusante, causando seu galgamento e forçando a passagem de uma onda de lama por 55km no rio Gualaxo do Norte até desaguar no rio do Carmo. Neste, os rejeitos percorreram outros 22 km até seu encontro com o rio Doce. Através do curso deste, foram carreados até a foz no Oceano Atlântico, chegando no município de Linhares, no estado do Espírito Santo, em 21/11/2015, totalizando 663,2 km de corpos hídricos diretamente impactados¹⁴.

O mapeamento apresentado pela Agência Nacional de Águas – ANA – e pelo Serviço Geológico do Brasil – CPRM –, que também foi incluído no relatório apresentado pelo IBAMA, em conjunto com o DIPRO e o CGEMA, apresenta o deslocamento da água com elevada turbidez pelos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo logo após o rompimento da barragem de Fundão.



Fonte: CPRM¹⁵

Como visto neste trabalho, a água possui a capacidade de dissipar de maneira célere seu conteúdo o qual, no caso de estar corrompido ou poluído, reflete na população e em

¹⁴ Ibidem, p. 3.

¹⁵ http://www.cprm.gov.br/publique/media/20151122_Deslocamento_Agua_com_Turbidez.png

outros meios naturais – como ar e solo –, podendo inclusive causar impactos de grade monta e valia.

Separamos trechos do laudo técnico que descrevem a poluição hídrica e suas consequências, uma vez que a água estava contaminada com Alumínio (Al); - Bário (Ba); - Cálcio (Ca); - Chumbo (Pb); - Cobalto (Co); - Cobre (Cu); - Cromo (Cr); - Estanho (Sn); - Ferro (Fe); - Magnésio (Mg); - Manganês (Mn); - Níquel (Ni); - Potássio (K); - Sódio (Na) e tais substâncias após dissolvidas e diluídas foram capazes de causar a mortandade de diversas espécies da fauna e flora aquática, bem como prejudicar a coletividade.

[...] O rompimento da barragem de Fundão causou a destruição de 1.469 hectares ao longo de 77 km de cursos d'água, incluindo áreas de preservação permanente.

Em relação aos organismos aquáticos consumidores, a quantidade de sólidos em suspensão no corpo d'água provoca o colapamento das brânquias, levando-os à morte por asfixia. Nesse grupo incluem os peixes, macroinvertebrados aquáticos e espécies do zooplâncton. Deve-se considerar ainda que muitos organismos foram simplesmente soterrados, em virtude da descarga sólida e da densidade do rejeito. A matéria orgânica alóctone, isto é, aquela proveniente das adjacências do corpo d'água (principalmente folhas), é processada no fundo, via cadeia de detritos (decompositores, detritívoros e consumidores de fungos e bactérias). Isso representa importante fonte energética para teias tróficas aquáticas, que também foi comprometida pelo soterramento. Dessa forma, evidencia-se que a mortalidade instantânea é apenas um dos impactos aos organismos aquáticos causados pelo desastre. Muito mais do que os organismos em si, os processos ecológicos responsáveis por produzir e sustentar a riqueza e diversidade do rio Doce foram afetados.

No percurso entre a barragem de rejeitos em Mariana e a Foz do Rio Doce, a lama atingiu diversas comunidades. No trecho compreendido entre a barragem e a foz do rio do Carmo (77 km), a lama extravasou o leito do rio, causando a destruição de edificações, pontes, vias e demais equipamentos urbanos. Os danos causados pela onda de lama de rejeitos foram degressivos, ou seja, quanto mais próximos à barragem maior foi o dano e, por conseguinte, suas consequências. Em um primeiro momento o Distrito de Bento Rodrigues foi dizimado. Seguindo o curso do rio, a força da lama foi diminuindo seu poder de destruição impactando os Rios Gualaxo do Norte, Carmo e Rio Doce. Portanto, pode-se dizer que todos os municípios banhados pelos rios supracitados foram afetados, porém em intensidades diferentes. O impacto comum a todas as localidades refere-se à impossibilidade de uso da água para abastecimento rural e urbano, sendo que os municípios que são dotados de fontes de captação alternativas foram menos afetados. Em vinte dias após o evento ainda registram-se locais com abastecimento interrompido. [...]

O rompimento da barragem de Fundão provocou a liberação de cerca de trinta e quatro milhões de metros cúbicos de rejeito no meio ambiente, atingindo Áreas de Preservação Permanente (APP), provocando alteração na qualidade dos cursos d'água e a mortandade de organismos aquáticos (em particular peixes e invertebrados), principalmente pela quantidade de sedimentos que ficaram disponíveis na coluna d'água¹⁶.

Os impactos causados em desfavor do meio ambiente aquático, descritos no laudo preliminar em questão, aumentam com o passar dos tempos, e são comprovados por órgãos estatais quando da lavratura de outros laudos, sendo, todavia, incomensuráveis.

¹⁶ *ibidem*, p. 10-30.

Mister ressaltar o grande impacto econômico que o desastre ambiental causou, também refletido nos cursos de águas. Ao longo de toda extensão que foi atingida, registrou-se a inatividade trabalhista de 1.249 pescadores, devidamente registrados nos órgãos competentes e que mantinham o sustento da família com o labor exercido nas águas – calcula-se que o número seja bem maior, face ao exercício da atividade sem a devida regulamentação por parte de muitos.

A atividade exercida pela mineradora Samarco na região de Mariana ocorre desde 1973 e iniciou-se com a exploração de minério de ferro através da atividade de garimpo de ouro nos leitos dos rios, em especial do Rio do Carmo, e foi-se estendendo a outras atividades e áreas no decorrer das décadas, sempre com parecer favorável dos órgãos estatais, aos quais, inclusive, compete a fiscalização das atividades.

Pelo laudo preliminar técnico esboçado, os respectivos órgãos que o lavraram apontam para a ocorrência de crimes ambientais o que, conseqüentemente, ensejaria na atuação por parte da Polícia Judiciária e do Ministério Público respectivamente para instauração de inquérito policial e oferecimento de denúncia.

A Polícia Civil, por sua parte focou o seu trabalho em questões inerentes às atividades perpetradas por membros da diretoria da Samarco, e apresentou ao Ministério Público – de acordo com o que fora veiculado na imprensa¹⁷, uma vez que o inquérito é procedimento sigiloso – o indiciamento relacionado ao cometimento de crime contra a vida, contra o meio ambiente e contra a saúde pública, respectivamente contidos nos artigos 121, 254 e 270, todos do Código Penal.

Em relação ao crime de homicídio, importante trazer à baila elucubrações a respeito da discussão acerca do fato em questão consistir em crime ambiental, face ao ocasionamento de um desequilíbrio ecológico causado ou “simplesmente” crime contra a vida. No caso em questão, ao que parece, a Polícia Civil indiciou os diretores na situação de crime contra a vida.

A discussão, curiosa e enfática a nosso ver, foi elucidada em artigo direcionado a caso parecido, também em Minas Gerais, quando do rompimento da barragem da Minas do Engenho, na cidade de Itabirito. No referido artigo, os acadêmicos Ribeiro e Rezende analisam o fato, que também resultou em mortes de trabalhadores, e concluem da seguinte maneira:

Assim, o homicídio, quando gerar o rompimento do equilíbrio ambiental, o que pode ocorrer, por exemplo, com a morte de toda uma comunidade, pode e deve ser

¹⁷ Fonte: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2016/02/23/policia-civil-de-minas-gerais-indicia-diretores-da-samarco-por-homicidio.htm>

concebido, no contexto constitucional, para além do crime contra a vida, como delito ambiental, digno de ser praticado, inclusive, por pessoas jurídicas. Essa situação, porquanto constitucionalmente amparada, longe estaria de consagrar uma concepção teratológica do direito penal.

Não obstante, no caso do rompimento de uma das barragens da Mina do Engenho, as mortes ocorridas não proporcionaram, por si e pelo que ressaí das investigações, a quebra do equilíbrio ecológico. Elas devem ser caracterizadas, portanto, “apenas” como crime contra a vida¹⁸.

O Ministério Público Estadual, por sua vez, direcionou seu trabalho tanto na esfera administrativa, requerendo ao poder judiciário a imposição de multas e reparação de danos, bem como passou a analisar as questões descritas no inquérito policial sem, no entanto, ter tido retorno sobre a questão, face à suscitação de competência por parte do Ministério Público Federal que, ainda, é objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça.

Com base nos dados levantados, importa ao presente estudo a seguinte questão: seria o Direito Penal o instrumento adequado e eficaz para imposição de sanções no caso em questão?

Explanamos em capítulo próprio nosso entendimento de que o Direito Penal só deve atuar quando outros ramos jurídicos não mais forem capazes de solucionar a lide, prevalecendo a máxima da *ultima ratio*. Compete ao Direito Penal atuar somente quando forem casos de relevância tal que o princípio da insignificância não possa ser imposto. De fato, o caso do rompimento da barragem de Fundão não é considerado irrelevante. Entrementes, há, a nosso ver, meios mais eficazes e céleres de impor penalidades – de cunho administrativo e cível – à Pessoa Jurídica (Samarco) sem, todavia, se valer das pesadas medidas contidas na legislação penal.

Nesse mesmo sentido são os direcionamentos de Ribeiro e Rezende:

Entretanto, apesar da quota parte de contribuição que o Direito Penal deve oferecer à tutela dos bens jurídicos difusos em vista de uma responsabilidade que também é sua para a própria vida das gerações presentes e futuras, não se pode dizer que a ele deve ser atribuída a responsabilidade pelo controle dos riscos; trata-se, afinal, de um ramo fragmentário e subsidiário e assim deve permanecer não apenas por questões de ordem principiológica, mas principalmente por questões de legitimidade da tutela penal¹⁹.

18

RIBEIRO, Luiz G. Gonçalves; REZENDE, E. N. Mina do engenho: rompimento de barragem. Homicídio como crime ambiental: uma teratológica acepção do Direito Penal? **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 39, p. 220-236, 2006. Disponível em: <<https://revistas.ufg.emnuvens.com.br/revfd/article/view/35412/20475>>. Acesso em: 13 jan. 2016.

¹⁹ Ibidem, 2006.

Com efeito, também não vislumbramos hipóteses para aplicabilidade de sanções penais – extremamente desarrazoadas e desproporcionais – a Diretores da empresa, uma vez que as atividades ali exercidas estavam com autorizações em dia – caso contrário deveriam ter sido interrompidas – e em momento algum houve dolo ou culpa em suas condutas.

O macroproblema das “condutas” lesivas ao meio ambiente perpetradas por grandes corporações não é tangível pelo Direito Penal, pelo menos em partes. Não há proficuidade de se estabelecer uma política criminal fantasmagórica de atar os grilhões do *ius puniendi* estatal ao ente ficto, uma abstração jurídica que não pode ser alcançada pelo *telos* da teoria da pena – da necessária e suficiente reprovação e prevenção do crime. É cediço que as penas aplicáveis às pessoas jurídicas na esfera penal conforme os artigos 21 e 22 da Lei nº 9.605/1998 são: multas, penas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade, suspensão parcial ou total de atividades, interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Ora, há que se observar a idêntica natureza das penas do art. 3º do Decreto Federal nº 6.514/2008²⁰, que dispõe sobre o processo administrativo, as infrações e as sanções administrativas de ilícitos ao meio ambiente.

Ademais, dúvida não paira quanto ao clamor dos denominados gestores atípicos da moral coletiva²¹, como organizações feministas, ambientalistas, consumeristas, antidiscriminatórias e protetivas dos direitos humanos, que pretendem expandir a tutela penal para a guarda de seus interesses, *ipsis verbis*:

Ou, como aponta Luderksen de modo mais preciso, “aproximadamente os mesmos grupos políticos, por um lado – diretamente ou estribando-se na correspondente tradição -, não se cansam de afirmar a inutilidade e nocividade da coação estatal através da pena (ou do Direito penal), mas, **por outro lado, pretendem utilizar o Direito Penal para o logro de seus fins emancipativos**”.
(grifo nosso)

20 Decreto nº 6.514/ 2008, Art. 3º: As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções: I - advertência; II - multa simples; III - multa diária; IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V - destruição ou inutilização do produto; VI - suspensão de venda e fabricação do produto; VII - embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; VIII - demolição de obra; IX - suspensão parcial ou total das atividades; e X - restritiva de direitos.

21 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2.ed. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha e William Terra de Oliveira São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

A toda evidência, muito importa a proteção do meio ambiente, inclusive, a CRFB dedica capítulo exclusivamente para abarcar a questão. Entretanto, deve-se coadunar desenvolvimento econômico com a preservação ambiental. Lembra Andrés Ramos Tavares²² que se faz mister uma abordagem desenvolvimentista consciente em relação ao meio ambiente e que o tratamento dado a este não pode subverter a hermenêutica constitucional, sendo contrária ao meio social e ao próprio ser humano. Ademais, o referido autor ao citar Cristiane Derani aduz que:

[...] ‘Torna-se sempre maior a necessidade de normas de proteção ao meio ambiente. Normas estas que são, evidentemente, sociais, humanas. Destinadas a moderar, racionalizar, enfim buscar uma ‘justa medida’ na relação do homem com a natureza [...] as normas ambientais são essencialmente voltadas a uma relação social e não a uma ‘assistência’ natureza.

Nesse diapasão, Zaffaroni²³ preleciona que uma criminologia atécnica, em nada arraigada na dogmática jurídica e na academia, tem sido utilizada como supedâneo da política criminal e da edição de legislação como é o caso do referido art. 3º da Lei 9.605/1998, que responsabiliza penalmente as pessoas jurídicas:

(Criminologia paralela) Dissemos, desde o nosso primeiro encontro, que existe uma criminologia midiática que pouco tem a ver com a acadêmica. Poder-se-ia dizer que, em paralelo às palavras da academia, há uma outra criminologia que atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica. *(Sempre houve criminologias midiáticas)* Sempre houve criminologias midiáticas vindicativas que apelaram para uma *causalidade mágica*. O mágico não é a vingança que, como vimos há uns dias, é um sentimento que se reforça por efeito da concepção linear do tempo que caracteriza a nossa civilização. O mágico é a *ideia da causalidade* especial, usada para canalizar a vingança contra determinados grupos humanos, o que, nos termos da tese de René Girard que comentamos dias atrás, faz desses grupos humanos *bodes expiatórios*.

Coadunamos assim com o pensamento e direcionamento de que o Direito Penal tem sido instigado, não raras vezes, por um apelo midiático e um clamor social desproporcional e vem sendo deixada de lado sua função social primordial instituída nos ordenamentos jurídicos.

²² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3.ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Assim, firmamos o posicionamento de que o Estado dispõe de mecanismos mais céleres e aptos a proteger e recuperar o meio ambiente, inclusive em situações de calamidade extrema como a que observamos; deve haver o ressarcimento dos prejuízos causados sem, entretanto, dispor de mecanismos penais que, como já demonstrado, podem, além de causar danos irreparáveis, ser demasiadamente lentos na reparação.