



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PÚBLICO

ELAYNE LEAL DE OLIVEIRA

**O DIREITO PENAL AMBIENTAL E A PRESTAÇÃO DE
SERVIÇO À COMUNIDADE COMO INSTRUMENTO DE
IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA
POTÁVEL**

Salvador
2009

ELAYNE LEAL DE OLIVEIRA

**O DIREITO PENAL AMBIENTAL E A PRESTAÇÃO DE
SERVIÇO À COMUNIDADE COMO INSTRUMENTO DE
IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA
POTÁVEL**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito,
área de concentração Direito Público, da Universidade
Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Co-Orientador(a): Profa. Dra. Alessandra Rapassi
Mascarenhas Prado

Salvador
2009

O48Oliveira, Elayne Leal de.

O Direito penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água potável. /Elayne Leal de Oliveira. – Salvador, 2009.

143f.

Dissertação(Mestrado) – Universidade Federal da Bahia.

1.Direito Público. 2.Direito Penal Ambiental. 3.Água potável. 4.Prestação de serviço à comunidade. 5.Bem jurídico. I. Autor. II.Título.

DORIS 341
CDU 342(81)

Ficha catalográfica elaborada por Myrtô Magalhães e Silva. CRB 571/5ª Região

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PÚBLICO

O DIREITO PENAL AMBIENTAL E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE
COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA
POTÁVEL

Elayne Leal de Oliveira

Dissertação de Mestrado submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal da Bahia, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do
Grau de Mestre em Direito, área de concentração Direito Público.

Aprovado por:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho
(Orientador)

Profa. Dra. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
(Co-Orientadora)

Prof. Dr. Andreas J. Krell
(Examinador Externo)

A Ione Maria Leal, minha mãe, pelo
exemplo de força e retidão, grande
incentivadora e partícipe de todas as
minhas empreitadas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, pelo incentivo, a meus familiares, amigos e professores, que contribuíram, direta ou indiretamente, para o desenvolvimento do presente trabalho.

Especialmente ao orientador, Heron Santana e à querida co-orientadora e incentivadora Alessandra Prado.

A Professora Dra. Maria Auxiliadora Minahim por todo carinho e apoio.

“Ao que está sentado no Trono e ao Cordeiro, o louvor e a honra, a glória e o poder para sempre”. (Ap. 5, 13)

O homem tomou consciência de ser diverso do que pensava; sabe que é um desconhecido para si próprio e objeto da sua própria tarefa. O cume do humano projeta-se de novo na escuridão e no futuro.

Romano Guardini

RESUMO

Esta dissertação objetiva demonstrar que a prestação de serviço à comunidade é um importante instrumento de implementação do direito de acesso à água, em razão de sua natureza patrimonial-social. Seu ponto nodal consiste no reconhecimento da água como direito fundamental e bem jurídico essencial, portanto, merecedor da tutela penal em face dos novos riscos inerentes à sociedade pós-moderna. Diferentemente de grande parte dos países do mundo, o Brasil ocupa uma posição privilegiada no tocante à quantidade de água, todavia, seu maior problema consiste na má qualidade dessa água disponível em razão da poluição provocada principalmente pelas empresas. Não obstante, percebe-se a insuficiência dos mecanismos cíveis e administrativos para coibir a prática das condutas lesivas ao meio ambiente ou a qualquer de seus elementos, bem como para promover a eficiente reparação do dano ambiental, muitas vezes justificado pelo argumento do necessário desenvolvimento econômico. A poluição da água não acarreta prejuízo tão-somente ao equilíbrio do ecossistema, mas, principalmente, à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Desse modo, dentre as diversas sanções penais previstas, é proposta a prestação de serviço à comunidade como a medida mais acertada e condizente com a natureza da pessoa jurídica. Essa prestação de serviço para que alcance o objetivo de dar efetividade ao direito de acesso à água poderá se dar por meio da difusão da educação ambiental, da restauração das matas ciliares das áreas próximas aos mananciais hídricos e da adoção de uma política ambiental sustentável que compreende um plano de gerenciamento dos resíduos gerados em sanitários e de ordem química ou biológica pelas empresas; de transporte interno e externo dos resíduos, os quais deverão, quando possível, sofrer pré-tratamento. Além disso, deverá, sempre que se tornar inviável a reparação do dano causado à água utilizada para abastecimento humano, seu autor promover e desenvolver projetos que viabilizem o fornecimento de água à população.

Palavras-chave: bem jurídico, água potável, poluição, prestação de serviço à comunidade.

ABSTRACT

This dissertation aims at demonstrating that the rendering of services to the community is an important instrument of implementation of the right of access to the water, in reason of its patrimonial-social characteristic. Its nodal point consists of the recognition of the basic and legally protected interest essential, therefore, deserving water as right of the criminal guardianship in face of the new inherent risks to the after-modern society. Differently of great part of the countries of the world, Brazil occupies a privileged position in regards to the amount of water; however, its bigger problem consists of me the quality of this available water in reason of the pollution provoked mainly for the legal people. Equally, it is perceived insufficiency of the mechanisms administrative civil court jurisdiction and to restrain the practical one of the harmful behaviors to the environment or any of its elements, as well as promoting the efficient repairing of the ambient damage, many times justified by the argument of the necessary economic development. The pollution of the water only does not cause damage to the balance of the ecosystem, but, mainly, to the life, the health and the dignity of the person human being. In this way, amongst the diverse foreseen penalties, the rendering of services to the community is proposal as the measure more made right and adapted to the characteristics of the legal entity. This rendering of services so that reach the objective to give effectiveness to the access right to the water will be able to be given through the diffusion of the ambient education, of the restoration of the vegetation of the areas next to the rivers and of the adoption to one sustainable ambient politics that understands a plan of management of the residues generated in sanitary and of chemical or biological order for the companies; of internal and external transport of the residues, which will have, when possible, to suffer daily pay-treatment. Moreover, it will have, whenever to become impracticable the repairing of the actual damage the water used for human supplying, its author to promote and to develop projects that make possible the supply of water to the population.

Keywords: legally protected interest, drinking waters, pollution, rendering of services to the community.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANA	Agência Nacional das Águas
CPB	Código Penal Brasileiro
INGÁ	Instituto de Gestão das Águas e Clima
JAICA	Agência Internacional de Cooperação Japonesa
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONGs	Organizações Não Governamentais
ONU	Organização das Nações Unidas
SEPLANTEC	Secretaria de Estado do Planejamento e da Ciência e Tecnologia
SRH	Superintendência de Recursos Hídricos
SUS	Sistema Único de Saúde
TACRSP	Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo
UNESCO	<i>United Nations Educational Scientific and Cultural Organization</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL	14
1.1 O ACIRRAMENTO DOS CONFLITOS INTERNACIONAIS EM RAZÃO DA ESCASSEZ DA ÁGUA	20
1.2 A (DES)CONFORTÁVEL SITUAÇÃO DA ÁGUA DOCE NO BRASIL	23
1.3 UMA EXEGESE DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL A PARTIR DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE	28
1.3.1 O Direito de Acesso à Água: Uma Construção a Partir do Direito Natural à Vida	30
1.3.2 O Direito de Acesso à Água no Plano dos Direitos Humanos a Partir da Compreensão do Direito à Vida, à Saúde e ao Meio Ambiente Sadio	33
1.4 O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	42
1.4.1 A Opção por um Antropocentrismo Moderado na Defesa do Bem Jurídico Água Potável	53
2 O DIREITO PENAL E A TUTELA AMBIENTAL	58
2.1 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO.....	58
2.2 O MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO MERECEDOR DE TUTELA PENAL.....	82
2.3 A POLUIÇÃO COMO ÓBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA E A TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO “ÁGUA POTÁVEL” POR MEIO DA LEI N. 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998	90
2.4 DAS PENAS PREVISTAS NA LEI N. 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998	104
3 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL	109
3.1 A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO NOS CRIMES AMBIENTAIS	110
3.1.1 Da Pena e sua Função	111
3.1.2 A Prestação de Serviço à Comunidade no Sistema Consensual e a Transação Penal	114
3.1.3 O Cabimento da Prestação de Serviço à Comunidade no Sistema da Ação Penal Condenatória de Procedimento Especial por meio da Suspensão Condicional do Processo	116
3.1.4 A Aplicação da Prestação de Serviço à Comunidade no Sistema da Ação Penal Condenatória como Condição para a Suspensão da Pena	118
3.2 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE: MEDIDAS QUE PODERÃO SER ADOTADAS	120
3.2.1 O Serviço de Difusão da Educação Ambiental	122
3.2.2 Da Prestação de Serviços Essenciais às Comunidades Carentes: Construção de Cisternas, Tratamento, Monitoramento da Qualidade da Água e Distribuição	124
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O presente estudo, sob o título **O direito penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água potável**, tem como ponto nodal o confronto entre a necessária tutela penal do meio ambiente e seus recursos, especialmente da água potável, sua incursão em face da atuação poluidora da pessoa física e jurídica, e a aplicação da sanção penal ou medida alternativa de prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água potável.

Desse modo questiona-se: de que forma a sanção penal, tal como prevista na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, pode contribuir para a implementação do direito de acesso à água potável? Alcançando-se, assim, não só a reprimenda de atitudes lesivas ao meio ambiente, mas, notadamente, atribuindo-se à sanção penal uma utilidade ou funcionalidade em prol de um todo, além do próprio sistema normativo.

A questão principal, todavia, perpassa pelas seguintes indagações: como se deu o processo de reconhecimento do direito de acesso à água como um direito fundamental, eis que ele não se encontra expresso no texto constitucional? Seria o direito penal um ramo do direito apto e legítimo para a tutela dos bens e interesses difusos, tal como o meio ambiente e a água potável? Seria a poluição da água um óbice à satisfação do direito ao seu acesso? Como o direito penal contribuiria para a reparação do dano ambiental e implementação do direito de acesso à água potável? Seria a prestação de serviço à comunidade o meio pelo qual esse objetivo seria alcançado?

Para responder a esses questionamentos, fez-se primeiramente necessário traçar um esboço evolutivo do reconhecimento do direito de acesso à água, partindo-se de premissa de sua imprescindibilidade à vida e à saúde humana, bem como ao equilíbrio do ecossistema do qual o homem, numa visão antropocêntrica moderada, é parte, ou seja, representa mais um ser na cadeia da vida. Desse modo, o primeiro capítulo oferece alicerces para o posterior reconhecimento da imprescindibilidade da incursão do direito penal na tutela do meio ambiente.

No segundo capítulo, estuda-se o processo de reconhecimento da necessária tutela penal ambiental em face dos novos riscos advindos da sociedade pós-moderna. Buscando-se, evidenciar a inaptidão do direito penal nos moldes clássicos ao enfrentamento dos problemas inerentes ao novo modelo de sociedade, ensejando, dessa forma, a flexibilização de alguns dos seus princípios, porém sem que haja sua desnaturação.

Ultrapassados os desafios tanto do reconhecimento do direito fundamental material de acesso à água, como da imprescindibilidade da tutela penal do ambiente, restou identificar de que modo a resposta penal ao ilícito ambiental poderia auxiliar na implementação do direito de acesso à água potável, o que foi possível por meio do estudo acerca das penas aplicadas pela Lei n. 9.605, de 1998, destacando-se a prestação de serviço à comunidade.

Assim, investiga-se a dinâmica contemporânea do delito de poluição ambiental previsto na lei supracitada à luz da Constituição Federal, para que, ao final, sejam oferecidas propostas visando ressaltar a importância da aplicação das penas ou medidas alternativas como instrumento de implementação do direito de acesso à água.

O terceiro capítulo destina-se não somente a caracterizar a prestação de serviços à comunidade como a sanção mais conforme com o intento do legislador ordinário em matéria de tutela do ambiente, mas também em oferecer alternativas para que o aplicador do direito possa se valer de instrumento tão eficaz e socialmente relevante.

Tem-se, portanto, que o alcance do objetivo proposto deverá acontecer por intermédio da realização de pesquisa teórica explicativa, a partir de uma análise histórica e sistemática do direito, considerando normas e princípios de direito interno e internacional. Para tanto, serão consultadas legislações, tratados, convenções, jurisprudências dos tribunais superiores, bibliografia e documentos nacionais e estrangeiros disponíveis nos acervos das bibliotecas públicas e privadas, consulta de dissertações e teses, artigos em periódicos, visitas à Secretaria de Recursos Hídricos de Salvador e as Organizações Não Governamentais (ONGs) diretamente envolvidas com a defesa da água potável no estado da Bahia.

A escolha do tema surgiu do grande interesse em ressaltar a necessidade iminente de assegurar a implementação do direito de acesso à água, enquanto direito constitucionalmente garantido, a partir da força coercitiva do direito penal, conquanto haja quem argumente não incumbir ao direito penal a tutela de bens jurídicos supra-individuais, mas à seara do direito civil ou administrativo.

Trata-se de um tema atual e universalmente relevante. Pois já se considera a água como o bem mais valioso do século XXI, seja por sua escassez quantitativa, seja por sua escassez qualitativa – como no caso do Brasil.

Deste modo, acredita-se que esta pesquisa contribuirá com os estudos sobre cidadania e efetividade de direitos, abrindo novas perspectivas, inclusive, em relação à contribuição do direito penal e suas penas à tutela dos bens ambientais, mais especificamente em relação à tutela da água e dos instrumentos disponíveis para auxiliar na implementação de seu acesso.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

Acredita-se que a origem da vida há pouco mais de 3,5 bilhões de anos esteja diretamente relacionada à presença de água no planeta. Afinal, praticamente todos os seres vivos dependem dela para sobreviver.

Encontrada na natureza sob a estrutura molecular de dois átomos de Hidrogênio e um de Oxigênio, e nos três estados fundamentais, sólido, líquido e gasoso, a água é, sem dúvida, o mais “precioso solvente e poderosa fonte de energia química”¹, autêntico delineador das paisagens naturais e *fonte da vida*.

Não foi por outro motivo que as grandes civilizações do mundo, ao longo da história, desenvolveram-se nas proximidades dos rios e lagos abundantes em água, a exemplo das civilizações mesopotâmica e egípcia².

Por intermédio da água, o homem desenvolveu o transporte e, conseqüentemente, o comércio para além de suas fronteiras; desenvolveu os mecanismos produtores de energia e os mecanismos de cultivo em grandes e pequenas áreas para sua alimentação; viabilizou políticas de saneamento básico, bem como utilizou a água, tão preciosa substância, para sobreviver.

No entanto, grandes são as diferenças entre as espécies de água presentes no planeta e sua utilidade para o ser humano, porquanto se sabe que aproximadamente 97,5% do volume total de água da Terra formam os oceanos e mares e somente 2,5% correspondem ao total de água doce³. Desses 2,5%, apenas 0,3% representam as águas de rios e lagos viáveis ao consumo humano.

Isso ocorre porque aproximadamente 69%, dos 2,5% de água doce, formam as calotas polares, as geleiras e neves eternas que cobrem os cumes mais altos das montanhas da Terra, e 0,9% representa os pântanos e áreas úmidas⁴.

¹ LEOPOLD, Luna B. **Água**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1982. p. 9.

² Essas civilizações floresceram nos vales onde a disponibilidade de água era abundante. A Mesopotâmia, por exemplo, era banhada pelos rios Tigre e Eufrates, ao passo que a civilização egípcia era largamente beneficiada pelo rio Nilo.

³ REBOUÇAS, Aldo C. *et al.* **Águas doce do Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 2002. p. 20-24.

⁴ LEOPOLD, Luna B. *Op. cit.* 100-103.

O ser humano necessita prioritariamente da água potável em estado líquido para seu consumo, uma vez que ela é responsável pelo desempenho das diversas atividades fisiológicas fundamentais de seu corpo.

Por meio de suas propriedades, a água funciona no organismo humano como um veículo transportador de alimentos para as células, retirando dessas os resíduos e levando-as aos rins, os quais funcionarão como verdadeiros depuradores dessas impurezas. Ela também é responsável pelo transporte de oxigênio e dióxido de carbono, pela lubrificação de articulações, pela manutenção do equilíbrio térmico do corpo e pela proteção dos diversos processos químicos internos, evitando flutuações violentas de pressão, acidez e composição química. Por tal razão, afirma-se a incapacidade de o homem viver sem água.

A água, porém, não permanece por muito tempo no corpo humano, pois sua dinâmica implica a saída por meio do suor, quando da regulação térmica do corpo, da excreção da urina e dos diversos mecanismos como o das lágrimas, por intermédio das glândulas lacrimais, acarretando na constante necessidade de sua ingestão, numa média de 2,5 a 3 litros por dia.

Para que seja consumida pelo homem, porém, é preciso que a água obedeça a um padrão mínimo de potabilidade, o qual é fixado no Brasil pelo Ministério da Saúde por meio da Portaria 36/90⁵, que estabelece os procedimentos e responsabilidades relativas ao controle e vigilância da qualidade da água, bem como a responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na adoção de medidas necessárias ao seu fiel cumprimento.

Devem, portanto, ser adotadas medidas e criterioso atendimento no tocante à qualidade da água, seja sob o aspecto da qualidade física, seja sob o aspecto da qualidade química. Assim, a qualidade da água será aferida levando-se em consideração a sua turbidez, a presença de gases dissolvidos constituintes de inorgânicos (metais tóxicos, ânions e cátions) e orgânicos (sintéticos e naturais) e suas concentrações, assim como em razão da qualidade biológica.

Segundo Rebouças e colaboradores⁶

Os padrões de qualidade de água referem-se, pois, a um certo número de parâmetros capazes de refletir, direta ou indiretamente, a presença efetiva ou potencial de algumas substâncias ou microorganismos que possam comprometer a qualidade da água. Do ponto de vista da salubridade, exige-se que a água não contenha patogênicos ou substâncias químicas em concentrações tóxicas que possam tornar-se nocivas à saúde pelo uso contínuo da água. Do ponto de vista estético, as exigências se referem a aspectos físicos e organolépticos que tornem a água repugnante ao

⁵ A Portaria 36/90 (BRASIL. 1990. Portaria 36/90. Padrão de Potabilidade da Água Destinada ao Consumo Humano. Brasília: Ministério da Saúde.) posteriormente foi substituída pela Portaria n. 1.469/2000. (BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. Portaria n. 1.469, que dispõe sobre o controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2001.)

⁶ REBOUÇAS, Aldo da C. *et al.* **Águas doces do Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 2002. p. 234.

consumidor, induzindo-o a usar águas de melhor aparência, porém sem controle de salubridade.

A ausência ou carência da água potável para o homem, num primeiro momento, pode gerar a desidratação, prejudicar o sistema digestivo e o aparelho respiratório, provocar disfunções hormonais, e também comprometer o aparelho circulatório e o bombeamento do sangue pelo coração, culminando na morte do indivíduo por falência múltipla dos órgãos⁷.

O consumo da água imprópria seja por não ter sido tratada adequadamente, seja por encontrar-se contaminada por qualquer meio, poderá acarretar inúmeras doenças contagiosas aos indivíduos, tais como a disenteria bacilar, o cólera, a leptospirose causadora da febre e icterícia, a salmonelose transmitida por bactéria causadora de febre, náusea, diarreia, as febres tifóides, as disenterias amebianas transmitidas por protozoários, abscessos no fígado e o intestino delgado, além de doenças como o câncer e doenças neurológicas quando presentes na água substâncias nocivas lançadas nos rios pelas indústrias.

Leopold⁸ afirma que “o homem pode sobreviver sem alimento por várias semanas, mas não há ser humano capaz de sobreviver sem água por mais de 10 dias”. Questiona-se, porém, a que ponto seu consumo se perfaz em necessidade verdadeira, e se essa necessidade encerra em si força normativa, a reclamar, inclusive, a tutela penal da água enquanto bem jurídico.

Assim sendo, a necessidade de se consumir água, em quantidade satisfatória e atendendo ao padrão de potabilidade, é qualificada na medida em que guarda com a vida humana e sua saúde estreita correlação, (porque não dizer, nítida dependência). Conquanto o conceito de necessidade vital tenha sido construído a partir da dimensão meramente biológica, não se pode esquecer da utilidade da água para o desenvolvimento de tantas outras atividades humanas relevantes e para a vida de todo o ecossistema.

Nesse sentido, pontua Scheibe⁹ que “como recurso ambiental, a água é indissociável dos demais elementos (solo, ar atmosférico, flora e fauna) que compõem o meio ambiente natural e sua presença garante a continuidade da vida”.

Não diferentemente, assevera Milaré¹⁰ que a água é um recurso diretamente associado à vida. Pois, ela participa com elevado valor na composição dos organismos e dos seres vivos em geral, de modo que suas funções biológicas e bioquímicas são essenciais, pelo que se afirma simbolicamente que a água é elemento constitutivo da vida.

⁷ ALVES, Júlia Falivene. **Metropólis: cidadania e qualidade de vida**. 9. ed. São Paulo: Moderna, 1992. p. 119.

⁸ LEOPOLD, Luna B. **Água**. 1982. p. 103.

⁹ SCHEIBE, Virginia Amaral da Cunha. O regime constitucional das águas. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 7, n. 25, jan/mar. 2002. p. 207

¹⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 171.

Anñon Roig¹¹, a partir da construção de uma tipologia de necessidades, as classifica em instrumentais, básicas, derivadas ou não derivadas, constitutivas ou circunstanciais, verdadeiras ou falsas. Segundo a mesma autora, as necessidades instrumentais seriam os meios para perseguir preferências particulares e por isso seriam necessidades comuns a todos, ao passo que as necessidades básicas seriam aquelas que independem de fins e objetivos do sujeito que as possui, pois simplesmente existem e precisam ser satisfeitas.

Com efeito, pode-se dizer que a ingestão de água pelo homem constitui uma necessidade básica, a representar o mínimo existencial que se impõe enquanto realidade inafastável. Todavia, para que essa necessidade seja satisfeita é imprescindível a disponibilidade da água no ambiente (com qualidade e em quantidade suficiente), bem como a adoção de políticas públicas que lhe viabilizem o acesso.

Ainda no contexto da tipologia das necessidades, essas podem ser classificadas em derivadas e não-derivadas, conforme requeiram a existência de alguma referência à outra necessidade, ao passo que as constitutivas ou circunstanciais são marcadas pelas circunstâncias.

Dentre as diversas tipologias, merece destaque às classificadas como verdadeiras ou falsas, em razão da influência que essas exercem no reconhecimento da fundamentalidade intrínseca ao direito de acesso à água. Isso porque, diferentemente dos *desejos*, *interesses*, *aspirações* e *preferências*, o acesso à água potável pelo ser humano é uma necessidade vital, eis que sua privação revelará o mais agudo estado de necessidade que, se não satisfeito, inevitavelmente provocará um dano, muitas vezes irreversível.

Añon Roig¹² chama atenção para o fato de que na diferença entre as necessidades vitais pode-se encontrar o fundamento e o conteúdo de valor dos direitos humanos. Com efeito, a disponibilidade de água, em quantidade e com qualidade suficiente, repercute diretamente na vida humana, tendo, portanto, uma característica fundamental que a torna necessidade verdadeira.

Conforme salienta Petrella¹³, “o próprio fato de que ela não pode ser substituída por nada mais, faz da água um bem básico que não pode ser subordinado a um único princípio setorial de regulamentação, legitimação e valorização”. Trata-se de um bem social, comum e básico a qualquer comunidade humana.

¹¹ ANÑON ROIG, María José. **Necesidades y derechos**: un ensayo de fundamentación. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 28-71.

¹² *Ibid.* p. 103.

¹³ PETRELLA, Ricardo. **O manifesto da água**: argumentos para um contrato mundial. Tradução Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. p. 84.

Nesse mister, acerca da força normativa que as necessidades vitais possuem, ressalta Alfonsin¹⁴:

Um das afirmações mais eloqüentes, talvez, em favor do poder normativo que as necessidades vitais têm, capaz de se impor como indiscutível, sob todo o risco que essa palavra comporta, mesmo para garantir efeitos jurídicos decorrentes dos direitos humanos fundamentais que lhe servem de conteúdo, é a de que, sem a satisfação delas, não há como se considerar garantidos o direito à vida e o direito à liberdade.

A caracterização do acesso à água potável como uma necessidade verdadeira e irrenunciável lhe agrega o valor de ser também considerada como mínimo existencial, uma vez que sem o consumo de água apropriada o ser humano veria tolhido seu direito à existência digna. Ou seja, por meio do acesso à água potável assegura-se à vida e ao mesmo tempo o direito à saúde, viabilizando a efetividade do princípio da dignidade humana.

A idéia do acesso à água enquanto mínimo existencial, por sua vez, pressupõe uma dupla feição: a garantística, que impede a agressão do direito e se impõe aos Poderes Públicos e aos particulares, e a prestacional, cujo caráter de direito social implica o dever de prestação por parte do Estado¹⁵. Por isso que o direito de acesso pressupõe a existência da água no ambiente em condições apropriadas ao consumo humano e em quantidade suficiente.

Por esse motivo, convém assinalar a importância de se tutelar a água enquanto integrante do meio ambiente e, portanto, considerá-la um bem em si mesmo, pois, sem sua proteção, como se poderia exigir o cumprimento do direito subjetivo ao seu acesso?

Nesse aspecto, exsurge a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive na seara penal, como condição *prima facie* para que seja viável a acessibilidade da água, mormente porque o homem é, na verdade, parte integrante de um grande sistema de seres vivos em constante interação.

¹⁴ ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 59.

¹⁵ Segundo Sarlet, o mínimo existencial corresponde ao conjunto de condições materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, não se confundindo esse mínimo existencial com o mínimo vital, pois o mínimo existencial abrange não somente a vida física, mas também uma vida digna, ou melhor, com certa qualidade (SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 102). Barcellos, por sua vez, afirma que são as condições básicas para a existência humana, somadas aos elementos necessários ao exercício de sua dignidade, que configuram o núcleo mínimo existencial, que compreende o conjunto de situações materiais a uma existência com dignidade, portanto, física, espiritual e intelectual (BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197-198).

Nesse sentido, Fritjof Capra¹⁶ afirma que “[...] onde quer que vejamos vida, de bactérias a ecossistemas de grande escala, observamos redes com componentes que interagem uns com os outros de maneira tal que toda a rede regula e organiza a si mesma”.

Todavia, somente a partir da década de 70 foi possível vislumbrar a água, não apenas como corolário do direito à vida e à saúde, mas como um bem em si mesmo, digno de tutela tanto constitucional, quanto penal, em razão de sua reconhecida imprescindibilidade à vida no planeta.

Esse movimento ascendente pela defesa da vida, em sentido amplo, por meio da defesa dos bens ambientais e da garantia ao seu acesso às presentes e futuras gerações, deveu-se em grande parte aos novos contornos inerentes à sociedade pós-industrial, dada a velocidade com que a ação destrutiva do homem afeta sobremaneira o meio ambiente, não no sentido de adaptá-lo a fim de lhe assegurar uma vida digna, mas, sobretudo, a fim de extrair dele proveito meramente econômico e sem maiores preocupações com suas conseqüências¹⁷.

No entanto, cumpre salientar que a satisfação das necessidades humanas não pode se dar de forma aleatória, tampouco desmedida, como se os recursos ambientais fossem infinitos e como se não fosse preciso manter o equilíbrio do ecossistema para assegurar a manutenção da vida como um todo.

Assim, para que seja possível o exercício do direito de acesso à água é imprescindível que seja essa encontrada no ambiente em quantidade e com a qualidade necessária a viabilidade do consumo humano, pois, o dano causado à água longe de permitir a implementação de seu acesso, impõe-lhe um obstáculo muitas vezes intransponível.

Conforme pontua Arendt¹⁸, a Terra, enquanto quintessência da condição humana, é a única capaz de oferecer aos seres humanos um *habitat* no qual eles podem mover-se e respirar sem esforço nem artifício. Desse modo, se o *mundo* – construção humana – separar a existência do homem de todo o ambiente, o mesmo não ocorrerá com sua vida, em si, eis que por intermédio da vida, o homem permanece ligado a todos os outros organismos vivos.

Pode-se, portanto, concluir que, a exemplo do direito à vida e à saúde, também o direito de acesso à água potável é uma necessidade vital, básica e real. Tem-se, por fim, que a água – elemento e recurso ambiental indispensável à vida – deve ser tutelada no ordenamento

¹⁶ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 176.

¹⁷ Aliás, a sociedade pós-industrial vincula, via de regra, a lei fundamental à economia como se essa fosse garantidora dos níveis suficientes de vida. Nesse sentido, o progresso econômico se associa ao incremento geral dos níveis de vida marcado pelo binômio renda *per capita* e acesso generalizado a bens de consumo, como se a qualidade de vida humana dependesse exclusivamente das conquistas materiais alcançadas durante a existência.

¹⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2008. p. 10.

jurídico interno, em razão da força normativa atribuída às necessidades básicas e indispensáveis ao mínimo existencial. Afinal, a indisponibilidade de água no ambiente redonda na impossibilidade a seu acesso.

1.1 O ACIRRAMENTO DOS CONFLITOS INTERNACIONAIS EM RAZÃO DA ESCASSEZ DA ÁGUA

Ante a realidade de que a água potável constitui apenas 0,3% de toda a água existente no planeta Terra, e de que a distribuição entre as diversas regiões se dá de modo desigual, depara-se o homem, talvez, com a maior problemática dos últimos tempos: como lidar com a ausência de água ou sua escassez tendo em vista a essencialidade desse recurso natural à vida e à saúde humana?

A água que outrora parecia ser um elemento natural ilimitado e desprovido de valoração econômica, atualmente já desponta como *uma das principais fontes de lucro* nas mãos dos *senhores da água*, antigos *senhores de terras*. A razão é muito simples, estima-se que, em um futuro muito próximo, muito mais de 1,4 bilhões de pessoas ficarão sem água¹⁹.

Segundo dados fornecidos pela *United Nations Educational Scientific and Cultural Organization* (UNESCO)²⁰, estima-se que cerca de 50% da população de países em desenvolvimento estará exposta a fontes de água poluída e que, na pior hipótese, sete bilhões de pessoas em 60 países estarão enfrentando falta de água na metade deste século, exigindo-se o desenvolvimento de políticas públicas de uso e conservação da gota d'água disponível e da mudança de lógica daqueles que manipulam a *estratégia da escassez*.

Países como Turquia, Israel e seus vizinhos árabes imediatos, Tailândia e Camboja, por exemplo, já convivem com o racionamento, quando não com a ausência total do fornecimento de água para a população, gerando inúmeras revoltas populares, o que ocorre também em países não muito distantes do Brasil, a exemplo da Bolívia, onde, no mês de março de 2001, oito manifestantes foram mortos durante uma passeata cujo objetivo era forçar o governo a

¹⁹ PETRELLA, Ricardo. **O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial**. 2002. p. 33.

²⁰ UNESCO - **Programa Hidrológico Internacional (PHI)**. 2003. Água: recurso único, prioridade absoluta. Disponível em: <www.unesco.pt/cgi-bin/ciencia/temas/cie_tema.php?t=19>. Acesso em: 19 jan. 2008. No ano de 2007 o PHI teve como tema central *As interações da água: sistemas em perigo e desafios sociais*. Segundo a UNESCO, a água, fonte de toda a vida, está atualmente no centro de uma crise sem precedente que tem por principais fatores o aumento da população, a poluição, a insuficiente gestão dos recursos hídricos, alterações climáticas, entre outros. Por meio do Relatório Mundial sobre a Água de 2003 restou também identificado que essa crise deve-se também a inércia política e à falta de uma tomada de consciência da população.

revogar uma lei nova que proibia a população de retirar água de seus próprios poços, obrigando-os a pagar pela água fornecida por uma multinacional²¹.

Longe de aderir aos estereótipos alarmantes de que em breve, a água será um dos motivos essenciais das guerras internacionais, não se pode esquecer que muitas têm sido as tensões políticas por causa da apropriação dos recursos hídricos.

Israel vive, desde 1947, em verdadeiro estado de guerra com os seus vizinhos, por causa da apropriação dos recursos hídricos locais, uma vez que se apossou de fontes de água importantes, cujo controle e uso se nega a devolver aos territórios desocupados, por terem se tornado países territorialmente soberanos²².

As crises de água na região também ocorrem pela dependência das reservas aquíferas subterrâneas existentes no território palestino ocupado, eis que, visando à manutenção do uso dessa água, Israel acaba por impor medidas severas para controle do uso pelos palestinos, suscitando neles grandes revoltas e protestos. Além disso, os mananciais disponíveis dependem de acordos entre Jordânia, Síria, Líbano, Egito e Arábia Saudita²³.

Noutros termos, assevera Edis Milaré²⁴ que a corrida armamentista e as guerras, em regra, não passam de dissensões entre países que buscam a conquista da hegemonia sobre os bens essenciais e estratégicos da natureza. Assim, a possibilidade de conflitos tende a aumentar, já que o mundo, depois de ter enfrentado a crise do petróleo na segunda metade do século XX, prepara-se agora para enfrentar a crise da água. Desse modo adverte:

Lembre-se, por exemplo, que a paz no Oriente Médio estará sempre em risco pela ameaça da bomba-d'água. Aliás, um dos motivos da guerra entre Israel e seus vizinhos (a Guerra dos Seis Dias), em 1967, foi justamente a ameaça, por parte dos árabes, de desviar o fluxo do rio Jordão, que, juntamente com seus afluentes, fornece 60% da água consumida em Israel. Como não podia deixar de ser, os resultados dessa aventura, desastrada em si mesma, são alarmantes. Na verdade, aonde nos leva a espoliação cega dos recursos naturais, particularmente os não-renováveis e os essenciais à sobrevivência planetária? Aonde nos precipitam certas investidas da biotecnologia e da Engenharia Genética? A que fim se destinam a desertificação, o efeito estufa, os rimbos na camada de ozônio e outras ameaças evidentes ou latentes? E, por fim, aonde nos atiram a fome, a insalubridade, a pobreza

²¹ CAUBET, Christian Guy; Domínio da água ou direito à água? Rivalidades nas relações internacionais do século XXI. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando. (Org.). **Direito Internacional do Meio Ambiente. Ensaios em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 173. Segundo o autor, as guerras pela água estão em curso, porém ninguém as analisa como tal. Basta lembrar que o próprio fato de se tratar a água como mercadoria já mostra seu imenso potencial de conflitos e enganos. Um bom exemplo é o da Turquia, país que vende água doce de um rio que corre exclusivamente em seu território.

²² Israel Ministry of foreign affairs. **O Estado de Israel**. Disponível em: <www.mfa.gov.il/MFAPR/Facts%20About%20Israel/HIST%83RIA-%20O%20Estado%20de%20Israel>. Acesso em: 2 fev. 2008.

²³ CAUBET, Christian Guy. CAUBET, C. G. Op cit. p. 170.

²⁴ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente** a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 733.

generalizada, a miséria crescente? Certamente, os riscos são exponenciais; os supracitados produzem efeitos e seqüelas em cadeia.

Conforme Rebouças²⁵:

Omite-se que o abastecimento de água sempre foi especialmente difícil nos países onde sua escassez é um problema milenar. Todavia, não se observa nesses países hábitos de uso da água necessariamente os mais eficientes do mundo. Em escala mundial, são (17) países da África, (12) da Ásia/Oriente Médio, (2) América do Norte e Central.

Assim, se outrora os grandes conflitos centravam-se na conquista, exploração e divisão de terras, e disputa por mercado, pode-se dizer que os séculos XIX e XX foram marcados por disputas pela propriedade, apropriação e exploração dos recursos naturais, em especial da água.

Em que pese os dados não muito otimistas, este século também trouxe consigo alguns avanços. Dentre eles, pode-se citar o despertar da consciência ecológica, a começar pelo reconhecimento de que os bens naturais são limitados e carecem de tutela, tendo em vista não somente a presente geração, mas também as gerações futuras.

Os sinais mais evidentes desse processo de conscientização foram marcados pelos eventos da Organização das Nações Unidas (ONU) realizados em Estocolmo em 1972 e no Rio de Janeiro em 1992, também conhecido como ECO-92. A conclusão a que se chegou foi de que o planeta Terra nunca esteve tão *sujo e doente*: o ar está mais contaminado, a água mais corrompida e escassa, a área florestal menor, os desertos maiores e o patrimônio genético se degradando.

Nessa perspectiva afirma Milaré²⁶:

Por isso, é pacificamente aceito em nossos dias que preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico é questão de vida ou morte. Os riscos globais, a extinção de espécies animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade, deixam claro que o fenômeno biológico e suas manifestações sobre o Planeta estão perigosamente alterados.

Uma vez considerada como fator condicionante da vida do indivíduo e da coletividade, diversas comunidades regionais, nacionais e globais têm propiciado a cooperação pelo controle do acesso à água. Conforme observa Petrella²⁷, “[...] a revolução da água tem como significado básico a defesa à vida para todos”, numa dimensão globalizada.

²⁵ REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 8, n. 32, out/dez. 2003. p. 50

²⁶ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 2007. p. 729.

²⁷ PETRELLA, Ricardo. **O manifesto da água**: argumentos para um contrato mundial. 2002. p. 24.

Sheibe²⁸ afirma que a água é o bem mais precioso do milênio, e que, neste século XXI, representará o mesmo que o petróleo representou no século passado, inclusive em valores. Acrescenta:

Efetivamente, se mais de 97% da água no planeta é salgada e não serve sequer para uso industrial e apenas 3% é de água doce, sendo ainda 2% deste último percentual é constituído de depósito subterrâneo e se sabe que a poluição crescente em todos os níveis e formas vem alterando a qualidade e reduzindo a quantidade da água doce disponível, indispensável à continuidade da vida, fica fácil concluir que tal preocupação procede e se aguça na medida em que sabemos que, hoje, mais de 1 bilhão de pessoas no mundo não dispõe de água potável.

Sendo assim, a defesa da vida e da saúde por meio do direito de acesso à água potável pressupõe a cooperação de todos de forma a proteger, manter e conservar as reservas aquíferas existentes, bem como o uso racional e equilibrado da água. Ademais, também se faz necessária sua distribuição equitativa e o gerenciamento eficaz, sem esquecer da necessária imposição do dever de reparar o dano ambiental, seja na esfera cível, administrativa ou, *ultima ratio*, penal. Por tal razão afirma-se que, por via oblíqua, a defesa da água limpa implica a defesa da vida, da saúde e do meio ambiente equilibrado para todos, homens e demais seres vivos, e, conseqüentemente, na defesa do direito a seu acesso.

1.2 A (DES)CONFORTÁVEL SITUAÇÃO DA ÁGUA DOCE NO BRASIL

O Brasil é um país imensamente favorecido pela riqueza invejável de seus recursos naturais. Dentre eles, destacam-se os recursos hídricos, que lhe permite ocupar o primeiro lugar no *ranking* mundial dos países ricos em água doce do mundo. Afinal, apresenta uma descarga média de seus rios de aproximadamente 6.220km³/ano ou 197.500m³/s, na frente de países como a Rússia, Estados Unidos e Canadá²⁹.

Apesar de não possuir grandes lagos devido a sua formação geológica, ao contrário de países como o Canadá, Rússia e países que compõem a Escandinávia, o Brasil é detentor de excedentes hídricos que alimentam uma das mais extensas redes de rios perenes do mundo e que representam cerca de 53% da produção de água doce do continente Sul Americano e 12% da mundial³⁰.

²⁸ SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha. O regime constitucional das águas. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 7, n. 25, jan/mar, 2002. p. 207.

²⁹ REBOUÇAS, Aldo da C. *et al.* **Águas doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 2002. p. 24.

³⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 172.

Esses índices se devem ao fato de o Brasil possuir três grandes bacias hidrográficas que são responsáveis por cerca de 80% da produção hídrica total. São elas: a Bacia Amazônica, a Bacia do rio São Francisco e a Bacia do rio Paraná. A Bacia Amazônica possui uma área equivalente a 57% da superfície do Brasil e possui proteção especial prevista na Constituição Federal, artigo 225.

A riqueza hídrica do Brasil deve-se, em grande parte, às suas condições geológicas dominantes e a sua ampla diversificação climática, que lhe assegura o recebimento de abundantes chuvas em mais de 90% do seu território, ao passo que apenas os 10% restante é afetado por uma zona semi-árida e possuidora de rios efêmeros e temporários.

Embora exista no Brasil grande quantidade de água doce, tem-se que sua distribuição se dá de forma desigual, e que são graves os problemas de abastecimento devido ao crescimento desordenado das cidades e à degradação da qualidade da água.

Nos centros urbanos, o crescimento desordenado das demandas localizadas, aliado a suas precárias formações e à deterioração dos mananciais existentes, constitui verdadeiro entrave à distribuição da água e à manutenção de sua qualidade.

A contaminação desses mananciais urbanos deve-se ao comum despejo de efluentes domésticos e industriais e de esgotos pluviais, dada a inexistência de um planejamento ambiental e do desenvolvimento de um adequado mecanismo de saneamento básico, gerando, além do comprometimento da qualidade da água e a dificuldade de sua distribuição, a precariedade das condições sanitárias do local promovendo a disseminação de doenças.

Nessa mesma esteira de entendimento, afirma Alves³¹:

Nos maiores centros urbanos, dificuldades relacionadas com o saneamento básico se ampliam na medida em que se alarga o diâmetro urbano e se formam bairros e comunidades periféricas, cada vez mais distantes dos reservatórios e das estações de tratamento de água e de esgoto. As redes implantadas e os serviços em execução ficam sempre muito além das necessidades e do ritmo de crescimento da população.

Na zona rural, a escassez é consequência do mau uso do potencial hídrico do solo, devido às condições precárias e primitivas de cultivo e de exploração, baseados no sistema de queimadas, que provocam o empobrecimento das pastagens nativas e a redução das reservas de água no solo.

A região nordeste, apesar de possuir uma boa quantidade de precipitação pluviométrica ao ano, padece com a escassez de recursos hídricos em determinadas áreas em decorrência de suas condições climáticas, geológicas e geomorfológicas, pois muitos de seus rios são temporários e efêmeros. Em que pese a precipitação satisfatória, essa ocorre por um período

³¹ ALVES, Júlia Falivene. **Metrópoles**: cidadania e qualidade de vida. 9. ed. São Paulo: Moderna, 1992, p. 118.

curto e se perde com a evapotranspiração. O resultado é uma região seca e com alta concentração salina nas águas subterrâneas e nos solos, o que permite comparações entre a região semi-árida do nordeste brasileiro e o norte da África, devido ao desencadeamento de sérios prejuízos sociais que lhes são semelhantes.

Nesse panorama, a saída encontrada por algumas pessoas foi a construção de barragens e represas para amenizar as conseqüências da seca. Isso porque a mera construção de poços não permitia o fornecimento de água adequada ao consumo doméstico devido à alta concentração de sais presentes na água subterrânea. A conseqüência foi a construção e pleno abandono de inúmeros poços. Rebouças e colaboradores³² estimam que, no nordeste, dos 70 mil poços abertos até hoje, cerca de 30 mil encontram-se desativados ou abandonados por apresentarem água salobra.

Em estados vizinhos ao estado da Bahia, como Sergipe, a realidade não dista muito dos dados supracitados. Apesar de possuir seis bacias hidrográficas banhando o estado, São Francisco, Japarutuba, Vaza Barris, Piauí, Sergipe e Real, um estudo desenvolvido pela Agência Internacional de Cooperação Japonesa (JAICA), fornecido pelo Superintendente da Secretaria de Recursos Hídricos do Estado, aponta que, ao longo de 20 anos, o rio São Francisco será o único rio, no estado, capaz de suprir o abastecimento de água para os sergipanos³³.

Além disso, tem-se que os rios Sergipe, Piauí e o rio Japarutuba, cujas nascentes e foz encontram-se no estado, portanto, de seu domínio, são deficitários para o abastecimento em longo prazo. Assim, a garantia do abastecimento de água para a população sergipana está condicionada à preservação e revitalização do rio São Francisco e esse, por sua vez, está longe de assegurar tranqüilidade e despreocupação³⁴.

Dados fornecidos pela Secretaria de Recursos Hídricos do Estado de Sergipe, órgão responsável pelo desenvolvimento do plano de desenvolvimento dos recursos hídricos, ressaltam que, se não fosse pela vazão do rio São Francisco, o estado de Sergipe estaria em sinal de alerta. Isso ocorre pelo fato de ser o rio Sergipe o maior responsável pelo abastecimento de água no estado, uma vez que drena áreas com maior concentração populacional e abrange o parque industrial, mas esse não seria capaz de sozinho subsistir, se não fosse pela vazão do rio São Francisco.

³² REBOUÇAS, Aldo C. *et al.* **Águas doces no Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 2002. p. 54.

³³ ROCHA, Ailton Francisco da. Informações sobre bacias hidrográficas do estado de Sergipe. 2003 (comunicação verbal).

³⁴ Comitês de Bacias Hidrográficas. As bacias hidrográficas em Sergipe. Disponível em: <<http://www.semarh.se.gov.br/comitesbacias/modules/tinyd0/index.php?id=20>>. Acesso em: 23 abr. 2005.

Outrossim, devido aos sérios problemas que vem enfrentando e por sua própria natureza hidrológica, o rio Sergipe, possivelmente, necessitará de complementação pelo São Francisco para a captação e distribuição de água em um futuro próximo.

Um estudo realizado pela Secretaria de Estado do Planejamento e da Ciência e Tecnologia (SEPLANTEC)³⁵ conclui que:

[...] o estado de Sergipe apresenta, então, uma situação pouco favorável, quando se fala em oferta de água. Embora tendo rios, lagoas e açudes que acumulam água, esses mananciais não atendem à demanda nem em quantidade, nem em qualidade. O abastecimento de água à população, na verdade, está sendo suprido em grande parte pelo Rio São Francisco [...].

Na cidade de Salvador, rios como o das Pedras, Trobogy-Jaguaribe, Paraguari, Camurugipe e seus afluentes, ou desapareceram, como os vários cursos da Avenida Paralela, ou foram transformados em canais de esgoto, confinados, na maior parte de seu trajeto, em galerias subterrâneas, como os rios das Tripas e Lucaia.

Segundo o repórter Adilson Fonseca³⁶,

Dos grandes rios que cortavam a cidade no sentido oeste-leste, nenhum deles oferece condições de balneabilidade e piscosidade, muito menos de potabilidade. Tomar banho ou beber de suas águas é altamente arriscado para a saúde. O maior deles, o Camurugipe, percorre 14 quilômetros, desde a sua nascente, em Boa Vista de São Caetano, até a foz, na Praia do Costa Azul, num trajeto de intensa poluição, causada, principalmente, por despejos dos esgotos residenciais de dezenas de favelas que existem dos dois lados de suas margens. O Camurugipe já foi um dos principais mananciais de abastecimento de água da cidade, até a década de 70, quando o último dos seus diques, o do Calabetão/Mata Escura, foi fechado, por ter se transformado em uma imensa bacia de esgotos. Igual situação aconteceu com o Rio das Tripas, que é um dos principais afluentes do Camurugipe, encontrando-o na altura da Rótula do Abacaxi. Recebendo esgotos das encostas de Brotas, do IAPI e da Cidade Nova, o rio, que tem outro afluente no Largo dos Dois Leões, corre, a maior parte do trajeto, em galerias subterrâneas, exalando mau cheiro nos trechos a céu aberto. Na Paralela, o Rio das Pedras foi dividido pela Avenida Luís Viana Filho (Paralela) e suas nascentes, nos fundos do quartel do 19º BC do Exército, no Cabula, só resistem devido à presença da unidade militar, que mantém preservada a mata em volta do quartel, usada como campo de treinamento. Contudo, a partir do Imbuí até desembocar na Praia da Boca do Rio, o rio alterna trechos de alta poluição, com outros que ainda oferecem condições de vida para a fauna e flora. Na área que vai do Imbuí até Mussurunga, margeando a Avenida Paralela, vários pequenos rios foram represados e transformados em lagoas, restando apenas, praticamente morto, o Trobogy, que nasce em Águas Claras com o nome de Cascão, sendo denominado Jaguaribe quando atinge a orla, na altura de Piatã.

Segundo dados fornecidos pelo Instituto de Gestão das Águas e Clima (INGÁ)³⁷, o estado da Bahia possui 417 municípios, dos quais 282 possuem mais de cinco mil habitantes

³⁵ Secretaria de Estado do Planejamento e da Ciência e Tecnologia – SEPLANTEC. Superintendência de Recursos Hídricos – SRH. **Gestão participativa das águas do rio Sergipe**. Aracaju, 2002. p. 58.

³⁶ FONSECA, Adilson. Poluição matou os rios de Salvador. **A Tarde**, Salvador, 16 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/cidades/noticia.jsf?id=594284>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

na área urbana (Censo 2000 – IBGE) e são objeto atualmente de estudo do Atlas Nordeste realizado pela Agência Nacional das Águas (ANA)³⁸, uma vez que aproximadamente 28% do seu território encontram-se inseridos na área de Elevado Risco Hídrico (160.300km²).

Isso significa um balanço hídrico negativo ou com capacidade do sistema de abastecimento insuficiente para atender a demanda tendencial, estimada para os horizontes de planejamento: 2005, 2015 e 2025. De modo que, para o horizonte de planejamento de 2025, apenas 26% das sedes municipais da Bahia foram prognosticadas com abastecimento satisfatório e 74% se mostraram em situação crítica, a maioria, 202 sedes, são decorrentes da criticidade dos sistemas.

No restante do país, quando não falta água, falta qualidade à água disponível. Isso porque, o ritmo do crescimento populacional não foi acompanhado pelo desenvolvimento de uma política urbana adequada e satisfatória. Como consequência, tem-se a poluição das águas que cortam os grandes centros urbanos e a falha na universalidade do serviço de abastecimento de água entre todos os indivíduos, principalmente daqueles residentes nos bairros mais periféricos e pobres.

Ao descompasso entre o ritmo de crescimento populacional e a precariedade no desenvolvimento de uma política urbana adequada, soma-se o modo de produção típico da sociedade pós-moderna, cujo uso das tecnociências não só possibilitou a satisfação de inúmeras necessidades humanas de índole material, mas também trouxe consigo riscos que até então não se vislumbrava, e que ultrapassaria os limites dos diversos estados.

O uso das biotecnologias, assim como o aumento na produção de bens de consumo duráveis e o incentivo contínuo à política do descarte, contribuiu, sobremaneira, com o aumento da poluição e, conseqüentemente, com o comprometimento das diversas formas de vida do planeta. Exigindo do homem uma nova forma de pensar e agir, bem como exigindo do Direito, enquanto ciência social, uma necessária adaptação às novas realidades de modo a superar a concepção clássica predominante até o final deste século.

Por ser essencial à vida do homem, a disponibilidade de água constitui-se um recurso limitante, tanto no que diz respeito à quantidade, quanto no que tange ao aspecto da

³⁷ O INGA foi criado pela Lei Estadual n. 11.050, de 6 de junho de 2008, substituindo a Superintendência de Recursos Hídricos (SRH). Trata-se de autarquia da Secretaria do Meio Ambiente do Estado (SEMA) e tem como principal finalidade gerir e executar a Política Estadual de Recursos Hídricos e de prevenção, mitigação e adaptação dos efeitos das mudanças climáticas (Disponível em: <http://www.inga.ba.gov.br/modules/pico/index.php.content_id=1>. Acesso em: 10 jan. 2009).

³⁸ Ministério do Meio Ambiente. Caracterização geral do estado – BA. Disponível em: <http://atlas_nordeste.ana.gov.br/atlas_nordeste/ba.aspx>. Acesso em: 22 jan. 2009.

qualidade, pois se faz necessária à conjugação de ambos os aspectos para que ele se desenvolva, ou, simplesmente, sobreviva. Nesse sentido, ressalta Jacques Alfonsin³⁹:

[...] é lícito concluir-se que toda necessidade como projeto há de ser presidida pela escolha das melhores formas de satisfação das necessidades que se revelam como deficiências, o que não pode deixar de lado um juízo crítico sobre a 'qualidade' do que se pretende satisfazer, aliado ao vulto quantitativo, tanto no nível de exigência da referida qualidade, quanto no que deve ser traduzido em custo da mesma satisfação.

Ademais, cumpre ressaltar que enquanto a escassez quantitativa da água limita o desenvolvimento, a escassez qualitativa atinge toda atmosfera social, engendrando graves problemas de saúde pública. Isso porque, o comprometimento da qualidade das diversas reservas aquíferas presentes no meio ambiente, provocado pela poluição, é um dos grandes responsáveis pelos altos índices de mortalidade infantil e disseminação de doenças endêmicas.

No caso específico do Brasil, tem-se que o maior problema enfrentado com relação à oferta hídrica não se limita à escassez quantitativa de água, mas, sobretudo, à escassez qualitativa.

Assim sendo, buscar-se-á em um primeiro momento demonstrar de que modo a poluição desencadeada pela atividade humana e industrial se constitui autêntico óbice à efetividade do direito de acesso à água, a ensejar tutela enérgica do Direito com vista à reparação e responsabilização penal do agente poluidor. A partir de então será possível indicar alternativas à sanção penal para que essa sirva de instrumento à sua implementação. Para tanto, não só a visão clássica do delito precisará ser revista, mas também a forma pela qual a sanção deve ser aplicada ante os delitos próprios da sociedade de risco.

1.3 UMA EXEGESE DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL A PARTIR DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE

No princípio, o reconhecimento do direito de acesso à água atrelava-se a idéia de que sem ela seria inviável a vida humana, caracterizando-se assim como autêntico direito de liberdade, a exigir do Estado um dever de abstenção, ou seja, de não interferência capaz de limitar o exercício desse direito. Tal entendimento perdurou por muito tempo, uma vez que somente a partir da década de 70 começou-se a erigir a água à categoria de bem jurídico difuso e, por si só, merecedor de tutela.

³⁹ ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p. 43.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a água potável seria o agente físico-químico essencial e indispensável à vida, ter-se-ia o direito ao seu acesso como intrínseco à natureza humana, pois, cada ser humano no planeta tem direito a consumir ou usar água para as suas necessidades individuais fundamentais⁴⁰.

Também o direito à saúde serviu-lhe de alicerce, na medida em que o consumo de água inapropriada pelo homem poderia lhe acarretar graves conseqüências. Nesse jaez, afirma Afonso Leme Machado⁴¹ que a saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente, eis que se leva em conta o estado dos elementos da natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doença e incômodos para os seres humanos.

Com efeito, tem-se que garantir o acesso à água potável implica necessariamente na observância e cumprimento do dever de assegurar a vida, a saúde e, como conseqüência, a dignidade da pessoa humana⁴², uma vez que privado do núcleo material de direitos mínimos e essenciais o ser humano vê-se tolhido em todas as dimensões de sua existência, tanto física, quanto psíquica.

Esse tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se faz ver no julgado Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS⁴³, no qual a Corte Suprema afirma representar o direito à saúde, conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. Não obstante, afirma ser o direito público subjetivo à saúde prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição Federal. Desse modo, conclui que ao Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação, não pode mostrar-se indiferente à saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional..

⁴⁰ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Recursos hídricos**: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 13.

⁴¹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 56.

⁴² Para Gebran Neto, o princípio da dignidade da pessoa humana, além de configurar o mínimo necessário para um Estado social de Direito, funciona como pedra angular para a interpretação constitucional, servindo de norte e como última *ratio* para dirimir conflitos entre interpretações. Tal princípio encerra em si um conjunto de direitos sem os quais os indivíduos perdem a sua qualidade de homens, de modo que não se admite hoje, nem mais de uma leitura nem pretextos econômicos ou políticos para violação do seu conteúdo essencial. Com isso o autor ressalta o caráter instrumental do princípio da dignidade a servir de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não só dos direitos fundamentais, mas de todas as outras normas constitucionais. (GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 47-48).

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário RE 271286 / RS. AIDS/HIV. Distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes. Legislação compatível com a tutela constitucional da saúde (Constituição Federal, artigo 196). Precedentes do Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça**. 23 ago. 2000. p. 52.

Nesse sentido, seria impossível desenvolver um trabalho científico com profundidade e qualidade sem que se considerasse, antecipadamente, a gênese dos direitos humanos e seus avanços que inspiraram e marcaram a Constituição de 1988⁴⁴, que, por sua vez, irá reclamar a tutela penal dos bens jurídicos reputados mais relevantes.

Assim, tendo em vista que o direito à vida e à saúde são reconhecidamente direitos humanos que vigoram como verdadeiros pilares do ordenamento jurídico interno, outro não pode ser o entendimento, que o direito de acesso à água também o é, e que se trata a água, enquanto elemento, de um bem jurídico merecedor de tutela, inclusive penal, dada sua elevada relevância e os riscos que advêm da conduta poluidora.

1.3.1 O Direito de Acesso à Água: Uma Construção a Partir do Direito Natural à Vida

Desde os tempos mais remotos, o homem, enquanto ser social, criou normas de conduta que permitissem uma convivência harmônica entre seus pares. No seio dessas normas existiam aquelas tidas por universais eternas e cujo valor e supremacia eram inerentes à natureza do ser humano. Tais normas, não escritas e exteriorizadas, foi objeto de estudos e grandes divergências que culminaram no reconhecimento do que se achou por bem denominar *direito natural*.

Segundo Faria⁴⁵, o direito natural consistiria num direito exterior e não imanente ao ser humano, pois fruto da sua percepção racional da realidade em que está inserido e do conceito que faz de justiça. Trata-se, portanto, de um feixe de direitos cuja fonte nada mais é que a própria natureza humana. Assim, embora não escrito, o direito natural subsiste na consciência humana e encontra nela seu fundamento.

Num primeiro momento, torna-se difícil separar a filosofia do direito natural, uma vez que o desenvolvimento das idéias filosóficas tendentes à valorização dos direitos *ditos* inerentes ao ser humano perpassa quase que inevitavelmente suas águas. Aliás, numa concepção mais atual, o direito natural nada mais é do que o justo por natureza, fonte inspiradora da justiça legal⁴⁶.

⁴⁴ BRASIL. 1988. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.

⁴⁵ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 9.

⁴⁶ SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 19.

Gadamer⁴⁷ afirma, referindo-se a Aristóteles, que muito além das leis jurídicas, inteiramente fruto das convenções humanas, existem aquelas que não permitem uma convenção humana qualquer, porque a natureza das coisas tende a se impor constantemente. A essa classe de leis pode-se chamar, justificadamente, de direito natural.

Ademais, a concepção dualista do direito consistente na distinção entre o direito natural e um direito posto no mundo, ou melhor, no Estado, se desenvolveu na filosofia a partir de pensadores gregos, Heráclito de Éfeso (apr. 535-470 a.C) e Sófocles (494-406 a.C). Esse último deixou responder Antígona a seu pai, rei Creonte, “[...] que as ordens que ditava não são superiores às leis não escritas e imutáveis” assim defendendo o direito de seu irmão, Polínice, de ser sepultado na sagrada terra pátria, e constituindo a esfera do direito natural.

As justificações e fundamentações porque existem leis não escritas e imutáveis mudaram no transcorrer da história da filosofia do direito na Antiguidade até os dias atuais. Imutável ficou até então a convicção de que fora de qualquer lei posta no mundo pelas autoridades, positivadas, existem “[...] direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem”⁴⁸.

O homem é movido pelo instinto de preservação da vida, direito indissociável da sua natureza. Esse direito *sacrossanto* inaugura o rol dos demais direitos reconhecidos como naturais, eternos, universais e impassíveis de renúncia. No dizer de Nader⁴⁹, “[...] o homem atribui valor excelso à vida, dispensando-lhe especial cuidado” e busca incessantemente protegê-lo enquanto bem jurídico superior e imperativo da razão.

Apesar do embate ferrenho do positivismo jurídico, não tardou o inevitável e necessário entrelaçamento do direito natural ao direito positivo como consequência dos novos anseios do homem e dos fundamentos dos Estados democráticos, nascidos em oposição aos Estados ditatoriais⁵⁰.

Esse entrelaçamento deveu-se principalmente à notável carga valorativa do direito natural e da necessidade de conferir-lhe também carga normativa. Dessa forma, esse conjunto

⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 475.

⁴⁸ Alguns autores defendem a existência de um núcleo material dos direitos fundamentais que seriam exatamente a porção do direito fundamental intocável e impassível de disposição.

⁴⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 164.

⁵⁰ Segundo Ferrajoli, “En el clima cultural y político que acompaña el nacimiento del constitucionalismo actual – la carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 [...] – se toma conciencia de que el consenso de las masas en el que se habían fundado también las dictaduras fascistas no basta para garantizar la calidad de un sistema político. Y se vuelve, por tanto, a descubrir el significado y el valor de la constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario”. Dessa forma, a partir desse posicionamento, defende-se um duplo caráter à produção da norma jurídica agora sujeita à Constituição tanto quanto a descrição de seu procedimento, quanto ao seu conteúdo. (FERRAJOLI, Luigi. Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal em el estado constitucional de derecho. Conferência realizada no dia 5 de setembro de 1997, em ocasião do recebimento do título de Doutor *honoris causa* pela Universidade de Buenos Aires, Tradução de Mary Belofí, revisada pelo autor, Buenos Aires. NDP, 1998).

de leis, até então não escritas, foi sofrendo mudanças importantes a ponto de tornar-se fundamento de toda legislação e fonte inspiradora para o Poder Legiferante ao elaborar o direito positivo.

Partindo desse pressuposto, o direito natural, enquanto conjunto de princípios ricos em potencialidades normativas⁵¹ e leis *suprapositivas*, viabilizou e fecundou originariamente o surgimento dos direitos humanos cujo conteúdo e significado àquele se assemelha, diferenciando-se, tão-somente, quanto ao seu alcance. Dessa forma, inaugurou-se uma nova fase no direito moderno, fruto de uma nova razão ético-jurídica-universal e cujo ápice só ocorreu após a segunda guerra mundial⁵².

Os direitos humanos, fruto do conteúdo progressivo do direito natural, acompanham a evolução cultural de sua fonte suprema que é a natureza humana. Desse modo, perpetua-se a idéia, também defendida por Reale⁵³, que “[...] cada homem representa um valor e que cada pessoa humana constitui um valor-fonte de todos os valores”.

Herkenhoff⁵⁴ afirma serem os direitos humanos entendidos como aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente, porquanto a sociedade tem o dever de consagrar e garantir. Ademais, para os que consideram os direitos humanos uma utopia, ressalta o mesmo autor que a “[...] utopia é a força que alimenta a luta, é idéia, é História. Constrói-se através de muitas vozes, pelo esforço de milhares ou milhões de homens e mulheres de boa vontade”.

Filosoficamente, explicam-se os direitos humanos pela tradição do direito natural, uma vez que esses *direitos inerentes à pessoa humana* se definem e se ampliam no decorrer da evolução sócio-cultural da humanidade. Além disso, a evolução compreende e consiste na busca e conquista pela humanidade de mais proteção a esses direitos.

Desse modo, não se pode compreender o avanço e a ampliação dos direitos humanos como mais uma ampla atribuição limitativa de direitos à pessoa humana, mas sim como uma conquista de novos ideais que visam não só a tutela de direitos intrínsecos à sua condição, mas à sua plena satisfação e felicidade, respeitando-se esses direitos como indispensáveis a todo e qualquer homem sem qualquer distinção.

Assim, o conjunto dos direitos humanos nas diversas declarações, nos pactos e convenções internacionais, representa indubitável paralelo e justificação com a filosofia do

⁵¹ GUSMÃO, Paulo Dourado. **Filosofia do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 42.

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996 e COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵³ REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 48.

⁵⁴ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 30-31.

direito natural, na medida em que acolhe os direitos inerentes a pessoa humana descobertos paulatinamente no transcorrer da evolução sócio-cultural da humanidade até os dias atuais.

A partir de sua compreensão será possível não somente reconhecer o direito de acesso à água como um direito fundamental, mas também concluir pela necessária intervenção penal enquanto *braço armado* do Direito.

1.3.2 O Direito de Acesso à Água no Plano dos Direitos Humanos a Partir da Compreensão do Direito à Vida, à Saúde e ao Meio Ambiente Sadio

A história da humanidade não se apresenta estática, tampouco desconforme às grandes transformações sociais que se fizeram necessárias à consagração dos direitos inatos ao homem, como o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente sadio, eis que advieram de grandes lutas e revoluções cujo enfoque incidia na figura do homem, ser social e detentor de direitos intrínsecos à sua natureza. Desde então, passou-se a vislumbrar a tutela de direitos mínimos essenciais à sua sobrevivência e essa com felicidade.

Por intermédio da história podem-se observar os diversos enfoques dados à matéria, assim como a importância atribuída aos direitos já consagrados como universais e essenciais ao ser humano. É desse modo que as diversas gerações desses direitos, cujas fontes perpassam as veias do jusnaturalismo e do direito natural, evidenciam a superação da visão, a princípio, individualista, mediante a afirmação de uma visão globalizante na qual o homem é visto como um ser em si mesmo, porém, sem esquecer de que ele é parte de um todo, de uma coletividade.

Desse modo, ao homem não só é atribuído, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também lhe é exigida uma conduta que corrobore com a preservação da qualidade tanto do meio ambiente, quanto de seus recursos individualmente. Assim, uma vez que se trata de autêntico corolário do direito à vida e à saúde humana, a proteção do meio ambiente (natural e artificial) repercute, sobremaneira, na busca de alternativas que assegurem a manutenção da qualidade e da quantidade de água, essencial à utilização e, conseqüentemente, à sobrevivência humana e de todos os demais seres vivos que dela necessitam.

Nesse jaez, o direito natural contribuiu na medida em que reconheceu a existência de direitos supralégais e inerentes à condição humana aos quais a ninguém seria lícito subtrair e que se assenta sobre o prisma de que acima da lei e do poder está a dignidade humana. Não se

trata, portanto, de um código, mas de um conjunto de princípios ricos em potencialidades normativas.

De fato, a estreiteza de ambos os institutos, os direitos humanos e o direito natural, mostra-se clara em Noberto Bobbio⁵⁵, quando esse admite decorrerem os direitos dos homens da civilização humana, cujo nascimento decorre do direito natural: “[...] os direitos dos homens nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

Paulo Nader⁵⁶, de modo semelhante, afirma que “a Declaração Universal dos Direitos do Homem é prova incontestável da efetividade do Direito Natural”. Demonstrando, dessa forma, a relação direta entre o reconhecimento dos direitos humanos a partir do direito natural.

Rogério Gesta Leal⁵⁷ também corrobora com o presente entendimento ao afirmar que seriam os direitos humanos elementares e suprapositivos, cuja validade independe de aceitação por parte dos sujeitos de direito, pois nasce com o homem e dele não cabe livre disposição do Estado.

Chacon e Cruz⁵⁸ definem os direitos humanos como:

[...] el conjunto de normas y principios reconocidos tanto por el Derecho Internacional como por los distintos ordenamientos jurídicos internos, de observância universal e inherentes al ser humano, tanto en su faceta de individuo como de sujeto integrante de la coletividade, y que definen las condiciones mínimas y necesarias para que el individuo pueda desarrollarse plenamente en el ámbito económico, social, cultural, político y jurídico, en armonía con el resto de la sociedad.

⁵⁵ BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 30.

⁵⁶ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 172.

⁵⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 93.

⁵⁸ CHACON, Mario Pena; CRUZ, Ingrid Fournier. Derechos humanos y medio ambiente. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, jul/set. 2005 p. 190. Os autores consideram a posição dos direitos humanos como indicador de democracia de uma sociedade, de modo sua existência implica no reconhecimento da dignidade do homem, por ser anterior, superior e prevalente ao Estado.

A bem da verdade, grande foi a contribuição do Cristianismo⁵⁹ ao fortalecimento de valores como a dignidade da pessoa humana e da fraternidade, que mais tarde serviriam de alicerce aos direitos à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conforme preleciona Aragão⁶⁰, “[...] o Cristianismo deflagrou a compreensão dos direitos do homem na organização política numa antropologia cristã em que o homem é apresentado como criado ‘a imagem e semelhança de Deus’ e vocacionado a ser o senhor de um reino que não é deste mundo”.

Segundo essa visão, a sujeição do indivíduo ao Estado encontra limites na vontade de Deus e se manifesta na máxima: “Dá a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. Desse modo, tem-se por imprescindível a consciência de que todos são iguais e devem ter sua honra e dignidade respeitada, de modo que a ninguém é dado suprimir ou restringir o direito à vida de outrem ou de si mesmo, pois essa provém de Deus.

No mesmo sentido, manifesta-se Herkenhoff⁶¹ ao asseverar que o reconhecer-se como filho de um mesmo Pai, conduz a uma fraternidade autêntica, base dos Direitos Humanos. Assim sendo, a presença do traço de união indissolúvel entre Cristianismo e Direitos Humanos resulta de que o valor do homem diante de Deus não está nem na cor de sua pele, nem no seu sexo, nem no seu estatuto social, nem muito menos na sua riqueza, mas no fato de que, em Cristo, ele é aceito como filho de um mesmo Deus.

Assim, inspirada pelos ideais cristãos⁶², a Declaração dos Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas), redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante

⁵⁹ O período medieval foi marcado pela predominância do cristianismo e sua forte influência na concepção do direito, de modo que, o homem justo era medido por sua fé e a justiça foi erigida à qualidade de virtude. Nessa fase, a humanidade experimentou o surgimento de uma ordem jurídica pluralista na qual a defesa de direitos e a busca por sua efetividade não mais convergiam, tão-somente, para os detentores do poder de jurisdição. A partir dos pensamentos de Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e Santo Isidoro a vida cotidiana dos indivíduos, assim como a organização social da época, sofreu grandes transformações. A Patrística e a Escolástica, a primeira que perdurou até o século IX e a segunda que predominou do século IX ao XVII, tinham em comum a meta ideal de uma lei, qual seja, deve ser essa honesta, justa, possível, adequada à natureza e aos costumes, conveniente no tempo, necessária, proveitosa e clara e com vista à unidade dos cidadãos como um todo e não visando apenas interesses particulares.

⁶⁰ ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 17.

⁶¹ HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 32-36.

⁶² Tanto o é que logo em seu preâmbulo preceitua: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos

a segunda guerra mundial, retomou idéias presentes na Declaração de Independência Americana de 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, assim, como lançou, além das constituições da filosofia, as sementes para que novas e mais eficazes declarações fossem criadas e proclamadas⁶³.

Segundo Chacon e Cruz⁶⁴,

Esta Declaración marca el inicio de una era en pro de la codificación, reconocimiento, defensa y promoción de los derechos humanos. Su objetivo principal fue garantizar la libertad, la justicia y la paz de los habitantes del orbe, encontrando su sustento en los derechos fundamentales de libertad, igualdad y fraternidad desarrollados desde la Revolución Francesa. Más también fue servir de base firme para el desarrollo de los derechos humanos reconocidos hasta ese momento y dejar la plataforma para aquellos venideros.

Após a instituição das Nações Unidas, foi criada, em 1946, a Comissão dos Direitos do Homem, responsável pela elaboração da Declaração Universal de 1948, a demonstrar a preocupação dos povos com a harmonia universal. Tal fato marca o início de uma busca incessante pelo reconhecimento em escala mundial de direitos já filosoficamente consagrados, mas que ainda eram desrespeitados, e que Piovesan⁶⁵ relatou como o momento em que “[...] assiste o mundo, afinal, o despontar dos valores humano, com seu verdadeiro teor social, num grande procênio permanente”.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos⁶⁶, resolução aprovada na IX Conferência Internacional Americana ocorrida em Bogotá, em abril de 1948, teve como finalidade proteger e assegurar os direitos essenciais ao ser humano, a fim de permitir-lhe o progresso espiritual e material, na medida em que esses se fazem necessários ao alcance da felicidade.

fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso”.

⁶³ Para Rizzato Nunes, a experiência catastrófica do nazismo na 2ª guerra mundial gerou um *descolamento* universal dos Direitos Humanos, como também o pensamento jurídico mais legítimo incorporou valores para torná-los princípios universais. Daí dizer-se que a partir da segunda metade do século XX, a razão jurídica não é uma razão ética, fundada na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, na aquisição da igualdade entre as pessoas, na busca da efetiva liberdade, na realização da justiça e na construção de uma consciência que preserve integralmente esses princípios (NUNES, Luís Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: teoria e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26).

⁶⁴ CHACON, Mario Pena; CRUZ, Ingrid Fournier. Derechos humanos y medio ambiente. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, jul/set. 2005. p. 191

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 42

⁶⁶ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em:

<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_americana_dir_homens.htm>. Acesso em: 20 jul. 2008.

No entanto, o direito de acesso à água durante muito tempo encontrou respaldo no plano internacional partindo-se da compreensão de sua indissociabilidade do direito à vida e à saúde, pois somente em meados da década de 70 e 80 ocorreu o reconhecimento do meio ambiente como um direito humano e fundamental, portanto, o reconhecimento de que seus elementos integrantes são bens jurídicos em si mesmos.

Assim, nessas primeiras linhas ressaltar-se-á, inicialmente, a previsão do direito à vida e à saúde no plano internacional, que serviu de fundamento ao reconhecimento do direito de acesso à água como um direito humano e fundamental implícito.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos⁶⁷, ainda em seu capítulo I, artigo 1º, prevê o direito à vida, revelando sua primazia em relação aos demais direitos. Nesse sentido expressa que: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa”. Outrossim, prevê no artigo 4º, §1º, que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Além disso, acrescenta o direito à saúde em seu artigo 11, segundo o qual “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”.

Na Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU)⁶⁸, de dezembro de 1948, desponta o direito à vida como direito universal ainda em seu artigo 3º, na medida em que se reconhece ser esse um direito inerente a todo ser humano ao lado dos direitos à liberdade e à segurança pessoal. Somente mediante uma interpretação extensiva do preceito é possível a compreensão do direito universal de acesso à água, pois se parte da premissa, mais uma vez, de que sem água é impossível a vida, e essa com qualidade.

Dallari⁶⁹ considera que “[...] o respeito à vida de uma pessoa não significa apenas não matar essa pessoa com violência, mas também dar a ela a garantia de que todas as suas necessidades fundamentais serão atendidas”. Assim, ao privar qualquer indivíduo do

⁶⁷ Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://tex.pro.br/wwwoot/curso/processoeconstituicao/documentos/pactosanjosedaconstarica.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2008.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 210. Segundo esse autor, as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana. Suas idéias germinais pautavam-se na defesa das quatro liberdades humanas essenciais, são elas a liberdade de palavra e expressão, a liberdade religiosa, a libertação da penúria e a libertação do medo mediante a redução de armamentos em escala mundial, sem, entretanto, olvidar do direito a autodeterminação dos povos.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. (Coleção Polêmica). p. 24.

abastecimento da água adequada ao seu consumo, estar-se-á ferindo, inevitavelmente, o seu direito à vida, à saúde e, conseqüentemente, sua dignidade. Isso porque, conforme assevera Ingo Sarlet⁷⁰:

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS)⁷¹ reconheceu à saúde como direito humano, conceituando-o de forma ampla e visando assegurar a existência digna para todo e qualquer indivíduo, uma vez que ao privar-lhe de água adequada ao consumo, estar-se-á podando-lhe a vida digna, quando não sua própria existência.

Decerto que ainda não há uma conceituação precisa acerca do termo *saúde*, porém, pode-se afirmar que essa se concretiza a partir da sadia qualidade de vida, e da aplicabilidade imediata dos dispositivos garantidores dos direitos sociais a ela correlatos, bem como da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse jaez, Dallari⁷² ressalta:

O direito à saúde, que deve ser assegurado a todas as pessoas de maneira igual, significa o direito de estar livre de condições que impeçam o completo bem-estar físico, mental e social [...] quando as pessoas não têm água de boa qualidade para que possa viver com limpeza e conforto não está sendo assegurado o direito á saúde.

Muito embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tenha propiciado qualquer mecanismo para efetivação dos direitos supramencionados dado seu caráter eminentemente de norma ético-moral, essa declaração foi, sem dúvida, o primeiro grande passo para concretude da nova realidade dos direitos humanos⁷³.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. p. 108-109.

⁷¹ Segundo Rocha, somente com a reorganização política internacional em meados do século XX e com a Criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica, e conceituada como completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença ou outros agravos. (ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: LTr, 1999. p. 43).

⁷² DALLARI, Dalmo. **Direitos Humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 52-53 (Coleção Polêmica).

⁷³ Muito embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem seja apenas uma recomendação, não se pode negar sua força vinculante, nesse mister, assevera Fábio Konder Comparato que esse entendimento peca por excesso de formalismo, eis que se reconhece por toda parte, que a exigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. Aliás, salienta ainda, já se reconhece de há muito, que a par dos tratados ou convenções, o direito internacional é também constituído pelos costumes e princípios gerais de direito. (COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 224)

Segundo Bobbio⁷⁴:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa um sistema de valores humanamente fundado, nascido do convívio universal acerca do encorajamento e ampliação do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. A Declaração é a maior prova dada do consenso entre as gentes sobre determinados valores, a partir dela toda a humanidade passou a partilhar valores comuns, valores subjetivamente acolhidos pelo universo dos homens.

A Declaração universalizou o reconhecimento, ou melhor, o conhecimento de direitos inalienáveis e imprescindíveis a todos os homens, dentre os quais se destacam os direitos à vida e à saúde, considerados verdadeiros *direitos sacrossantos*. No que se refere ao direito à vida, Júlio Marino de Carvalho⁷⁵ afirma que “[...] a essencialidade desse direito acompanha o ser humano indefectivelmente em qualquer sítio do planeta, sem cogitação de raça, cor, sexo, idioma, religião, origem ou nacionalidade”.

Diante da sistemática universal de promoção dos direitos humanos, a União Européia, inspirada nos avanços conseguidos pela Declaração Americana e pela Declaração dos Direitos Humanos, por intermédio do Parlamento, da Comissão e de seu Conselho, proclamou em 7 de dezembro de 2000, em Nice, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, na qual consta como valores indivisíveis e universais a dignidade do ser humano, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, todos esses assentados nos princípios da democracia e do Estado de Direito⁷⁶.

Igualmente se reconheceu, em seu artigo 2º, a inviolabilidade do direito à vida erigindo-o à categoria de direito universal. Outrossim, ratificou, em seu artigo 3º que, além do puro direito à vida, todos têm direito à integridade física e mental. Portanto, a vida deve ser protegida e garantida em toda sua amplitude com vista à preservação da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, em seu artigo 35, reconhece que a vida deverá ser respeitada a partir de um elevado nível de proteção à saúde, tornando esses dois direitos indissociáveis. Traz ainda como um traço distintivo das demais declarações dos direitos humanos o direito de petição a todos aqueles que se virem privados ou feridos nos direitos por ela expressos. Desse modo, em seu artigo 44, admite a qualquer

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28.

⁷⁵ CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 51.

⁷⁶ Isso porque, somente um regime democrático é compatível com o com o pleno respeito aos direitos humanos. Portanto, a adoção do regime democrático já não é uma opção política, mas a única solução legítima para organização do Estado. Aliás, não houve ainda um Estado totalitário em que não ocorresse o aviltamento de pelo menos alguns direitos reputados humanos.

cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou coletiva, com residência ou sede no Estado-membro o direito de peticionar perante o Parlamento europeu.

Em que pese seu alcance limitado, *a priori*⁷⁷, aos direitos individuais, pode-se dizer que grande foi a colaboração da Convenção Européia dos Direitos Humanos no tocante a instituição de órgãos externos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela declarados e julgar suas eventuais violações dentro de cada Estado.

O Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Protocolo de São Salvador –, acrescentou que toda pessoa tem o direito a viver em um meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos, cabendo aos Estados-Partes a promoção da proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente⁷⁸.

Com relação ao reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, tem-se que foi a Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972, o primeiro documento normativo internacional que o proclamou como direito da humanidade. Todavia, essa não protegia a biosfera de modo particular, pois vinculou a proteção ao patrimônio natural à sua importância científica ou estética⁷⁹.

Somente a partir da Conferência Internacional Sobre o Meio Ambiente humano em Estocolmo, na Suécia, em 1972, é que se iniciará um movimento internacional de preservação do meio ambiente, do qual a água desponta como elemento natural imprescindível.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos, em 1981, aprovada em Nairob, Quênia, previu, em seus artigos 20 e 24, respectivamente, que “Todos os povos têm direito à existência” e que “Todos os povos têm direito a um meio ambiente satisfatório, que favoreça seu desenvolvimento”.

⁷⁷ Diz-se *a priori*, porque somente por meio da edição de um protocolo adicional é que foram anunciados os direitos à igualdade de possibilidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, direito dos trabalhadores à informação e à consulta no sei das empresas, o direito de participarem das condições de trabalho e do ambiente de trabalho, bem como o direito à proteção social das pessoas idosas. (COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 265).

⁷⁸ Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-52.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

⁷⁹ “Artigo 2. Para fins da presente Convenção serão considerados como patrimônio natural da humanidade: - os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações que tenham valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; - as formações geológicas e fisiológicas e as áreas nitidamente delimitadas que constituam o ‘habitat’ de espécies animais e vegetais ameaçadas e que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; - os lugares notáveis naturais ou as zonas naturais nitidamente delimitadas, que tenham valor universal excepcional do ponto de vista da ciência, da conservação ou da beleza natural”. CONFERÊNCIA GERAL da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris, de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972. Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. UNESCO:1972. Disponível em: <http://www3.unesco.org.br/areas/cultura/areastematicas/acaonormativa/mostra_padrao>. Acesso em: 17 de mar. 2008.

De igual importância foi a contribuição da Convenção Sobre a Diversidade Biológica ocorrida em 1992, na cidade do Rio de Janeiro⁸⁰. Logo em seu preâmbulo, a Convenção afirma ser a conservação da diversidade biológica uma preocupação comum da humanidade, dada sua importância para a evolução e para a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera. Isso implica, necessariamente, na sua conservação e utilização de forma sustentável⁸¹. O evento deveu-se em grande parte à preocupação com as atuais condições de degradação ambiental, que já atinge proporções inquietantes.

Na Conferência do Rio de Janeiro, em 1992, também foram aprovadas a Convenção sobre Mudanças Climáticas e a *Agenda 21*, e foi redigido pela ONU um documento intitulado *Declaração Universal dos Direitos da Água*⁸².

Essa última declaração reconhece a água como parte do patrimônio do planeta, condição essencial de vida de todo vegetal, animal ou ser humano, tendo em vista que sem ela não se pode conceber a atmosfera, o clima, a vegetação, a cultura ou a agricultura como o são. Ademais, reconhece que o equilíbrio e o futuro do planeta dependem da preservação da água e de seus ciclos, que devem permanecer intactos e funcionando normalmente para garantir a continuidade da vida sobre a Terra.

Com relação à Declaração do Rio, asseveram Martinez e Minaverri⁸³:

[...] podemos decir, que la Declaración de Río constituye la carta básica para la consecución del desarrollo sostenible y en ella se encuentran formulados los principios que deben inspirar la realización de este objetivo vital para la Humanidad en los albores del siglo XXI. Aún reconociendo que se trata de un instrumento formalmente blando (una simple declaración) y que su contenido es también sustancialmente blando en algunos aspectos, cabe afirmar que la Declaración de Río posee un valor esencial como expresión de los compromisos ambientales proclamados por los Estados en el mundo actual.

Sendo assim, convém concluir que as declarações supracitadas ao preverem expressamente a tutela do direito à vida e à saúde a todos os homens, bem como ao meio ambiente sadio, independentemente de raça, língua, cor, sexo, religião ou origem, também

⁸⁰ Também conhecida como ECO 92. No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2 de 3 de fevereiro de 1994, e promulgada pelo Decreto n. 2.519 de 1998.

⁸¹ Comparato faz alusão ao relatório de 1987 desenvolvido pela Comissão Mundial sobre o desenvolvimento Econômico das Nações Unidas, intitulado *Nosso futuro comum*, no qual o desenvolvimento sustentável é definido como o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente, sem comprometer a aptidão das futuras gerações a satisfazer suas próprias necessidades. Daí dizer-se que compreende dois conceitos-chave: o conceito de necessidades essenciais dos pobres no mundo e a idéia de limitações impostas à aptidão do meio ambiente a satisfazer as necessidades presentes e futuras. (COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 2005. p. 424).

⁸² Declaração Universal dos Direitos da Água. Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./agua/doce/index.html2conteudo=./agua/declaraoagua.html>>. Acesso em: 19 set. 2006.

⁸³ MARTINEZ, Adriana Norma; MINAVERRI, Clara. El derecho humano universal de acceso al agua verus sus beneficios económicos. **Revista eletrônica de derecho ambiental de la Universidad de Sevilla**, n. 17, jul. 2008. Disponível em: <http://vlex.com/source/512/issue_nbr/%2317>. Acesso em: 2 fev. 2008.

erigiram o direito de acesso à água a categoria de direito humano, ainda que implicitamente. Isso porque, sem o acesso à água não há que se falar em vida, tampouco em saúde.

Não obstante, é preciso que a água seja encontrada no meio ambiente em quantidade suficiente e com qualidade, o que pressupõe a necessária manutenção do equilíbrio ambiental e, portanto, a vedação à conduta poluidora da água.

De fato, a proteção à água antecede o direito ao seu acesso, e esse, por sua vez, é um pré-requisito essencial ao cumprimento de muitos outros direitos humanos. Contudo, não basta seu reconhecimento enquanto direito humano⁸⁴ para que efetivamente seja assegurado seu fornecimento, pois é preciso que os Estados o acolha em seu ordenamento jurídico interno e ofereça mecanismos para plena implementação.

1.4 O DIREITO DE ACESSO À ÁGUA NA HISTÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Na visão de Silva⁸⁵, “[...] a Constituição, em sua significação mais elevada, designa o conjunto de regras e preceitos fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo”, entretanto, a sua magnitude no Brasil muitas vezes não decorreu da vontade geral, mas de uma vontade imposta, tanto que, em sua história revelam-se Constituições que foram outorgadas, como as de 1824, 1937, 1946 e 1967.

Outras Constituições foram promulgadas, porém, marcadas por forte influência estrangeira, eis que se confrontavam com a realidade diametralmente oposta vivida pelo país, ansioso por identidade, a exemplo da Constituição de 1891⁸⁶. Somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que houve verdadeiro avanço na defesa de direitos humanos e fundamentais do homem brasileiro, dentre os quais o direito à vida despontava como desencadeador dos demais direitos.

⁸⁴ As palavras *direitos humanos* e *direitos fundamentais* ou *direitos humanos fundamentais* por muitas vezes são empregadas como sinônimas, muito embora sejam completamente distintas em sua significação. Alguns doutrinadores, na tentativa de distinguir ambas as acepções, estabeleceram critérios como o da literalidade do enunciado e o da concretude desses direitos, mas ambos chegam a uma só conclusão, os direitos humanos não são sinônimos de direitos fundamentais. Isso porque, enquanto os direitos humanos não possuem qualquer delimitação temporal ou espacial, na medida em que aspiram validade universal para todos os povos e em todo e qualquer tempo, os direitos fundamentais, que são aqueles recepcionados e previstos no ordenamento jurídico interno por intermédio da Constituição, encontram limites temporais e validade nessa. Além disso, enquanto os direitos fundamentais manifestam-se, em sua plenitude, positivados no corpo da Constituição, os direitos humanos aspiram validade nessa, ou seja, enquanto normas políticas, sem força normativa típica de norma legal – não se quer com isso negar que os direitos humanos não recepcionados nas constituições não possuem força normativa.

⁸⁵ SILVA, De Plácido E. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 208.

⁸⁶ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.91.htm >. Acesso em: 10 fev. 2008.

A Constituição de 1824⁸⁷, tão-somente, em seu Título VIII, “Das disposições Gerais de Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos do Cidadão Brasileiro”, é que, em seu artigo 179 e seus 35 incisos, enumerou os direitos cíveis e políticos destacando o direito à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, não fazendo qualquer previsão expressa aos direitos à saúde e ao meio ambiente sadio – reflexo de um estado ainda incipiente e mais voltado para afirmação de poderes e estruturas que necessariamente voltado à tutela de direitos.

Outrossim, foi completamente omissa com relação à tutela da água, ou mesmo com relação à fixação de competência legislativa sobre as águas. O que só veio a ocorrer por meio da Lei de 1º de outubro de 1828, portanto, quatro anos após a Constituição Imperial, eis que atribuía aos vereadores deliberar sobre aquedutos, chafarizes, poços, tanques, esgotamento de pântanos e qualquer estagnação de águas infectas⁸⁸.

A Constituição de 1891, assim como a de 1824, pouco abarcou da realidade brasileira haja vista que a democracia ora nascente confrontava-se com os limites do analfabetismo, da exclusão social e o voto censitário. Mais uma vez era a elite agrária a única beneficiada com o advento de mais uma Constituição. Conforme assevera Barroso⁸⁹, “a República se inicia de forma melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo a conscientização popular”.

Ademais, inserida numa economia mercantil capitalista muito pouco fez efetivamente em relação à tutela de direitos humanos à vida, à saúde e ao meio ambiente sadio. Somente mediante uma interpretação ampla do artigo 78⁹⁰, cujo conteúdo contempla direitos não expressos, porém protegidos se inerentes à forma de governo e aos seus princípios, é que se pode afirmar existir um sinal concreto de ampliação no rol dos direitos fundamentais a açambarcar o direito à vida e à saúde.

Talvez esse pudesse ser considerado o embrião positivado para proteção do direito à vida e à saúde no Brasil, na medida em o Estado, seguindo a posição Rousseauiana do pacto social, tem o dever de velar pelo seu povo, sendo, portanto, parte dos princípios do governo a que se refere o artigo supra.

⁸⁷ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.brasilimperial.org.br/const1824.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

⁸⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 699.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

⁹⁰ “Artigo 78. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não excluem outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consignam”. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008).

Todavia, assim como a Constituição Imperial, a Constituição de 1891 também foi omissa quanto à tutela das águas, conquanto houvesse no Código Civil previsão de defesa da propriedade, e, conseqüentemente, da água uma vez enfocada sobre o prisma de propriedade.

A Constituição de 1934⁹¹, denominada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, notadamente inspirada na Constituição Alemã de Weimar de 1919, apresentou avanço uma vez que, em seu capítulo II, elencou o rol *Dos Direitos e Das Garantias Individuais*, refletindo maior abrangência e importância atribuída aos direitos tidos por inerentes e essenciais ao homem.

Acrescenta a inviolabilidade do direito à subsistência, do que se pode depreender estar implícito o direito inafastável à vida e à saúde, uma vez que a subsistência pressupõe a satisfação do direito à vida de forma, ao menos, humanamente possível. Soma-se a isso o enfoque dado à água, eis que constituída em elemento essencial para a geração de riquezas econômicas e de desenvolvimento, especialmente como fonte de energia⁹².

Além disso, em seu título IV, *Da Ordem Econômica e Social*, artigo 138, alínea *f*, define como dever da União, dos Estados e dos Municípios a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e as doenças infantis e de higiene social que impeçam a propagação de doenças transmissíveis. Não obstante, instituiu os remédios constitucionais da Ação Popular e do Mandado de Segurança.

A Constituição de 1937⁹³, por sua vez, foi marcada pelo aviltamento da violência institucional, na qual os direitos e as garantias foram sufocados, quando não suprimidos, pelo regime ditatorial instituído por Getúlio Vargas e de feição notadamente facista. Dessa forma, em nada acrescentou ao capítulo dos direitos e garantias individuais já consagrados na constituição anterior, muito pelo contrário.

Já a Constituição dos Estados Unidos do Brasil⁹⁴, de 1946, foi marcada pelo resgate da democracia com o fim da ditadura até então implantada, cuja face mais virtuosa, segundo

⁹¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.34.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

⁹² ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 2008. p. 700.

⁹³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.37.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

⁹⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.46.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

Barroso⁹⁵, continha ampla e moderna enumeração dos direitos e garantias individuais evidenciando o reencontro do Estado Liberal com o Social⁹⁶.

O mandado de segurança e a ação popular, antes suspensos, foram reestabelecidos. Em seu artigo 141 houve a substituição da expressão *subsistência* pela expressão *vida*. Dessa forma, o direito à vida surge como um direito individual inviolável. Também se manteve a existência de um título voltado para o disciplinamento da ordem econômica e social, não deixando o constituinte de tratar das águas, mantendo-as sob o regime de propriedade para efeito de aproveitamento industrial ou de exploração⁹⁷.

A Constituição de 1967⁹⁸, mais uma vez, marcou com o selo da ditadura a história da proteção aos direitos e garantias individuais no Brasil. Isso porque, em patente retrocesso, restringiu muitas das liberdades individuais sob o fundamento da suposta proteção da paz e da ordem pública. Nada lhe foi acrescido expressamente em matéria de defesa dos interesses individuais e coletivos.

A Carta Constitucional de 1988 marca o início de uma nova era, tempo de retomada da democracia no país, representando, pois, um avanço significativo na defesa e ampliação do rol e efetividade dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, em visível contraposição aos momentos de outrora, eivados de autoritarismo e desrespeito aos direitos humanos.

Também conhecida como *Constituição Cidadã*, a Constituição de 1988, antes mesmo do título da Organização do Estado, em seu título II, traz o rol de *Direitos e Garantias Fundamentais*, bem como aumenta o rol dos recursos constitucionais, mostrando-se em perfeita sintonia com as diversas declarações dos direitos humanos que se proliferavam pelo mundo e cujos parâmetros partiam da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU.

Em seu título I, a Constituição Federal estabelece como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalidade, bem como a promoção do bem de todos, sem qualquer distinção, como âmbito para o desenvolvimento do cidadão com dignidade humana.

Além disso, a Constituição de 1988 inaugura o rol dos direitos e garantias fundamentais afirmando serem todos os indivíduos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: renovar, 1996. p. 25.

⁹⁶ ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos Humanos**: do mundo antigo ao Brasil de todos. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 105.

⁹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 2008. p. 701.

⁹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.67.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida (Constituição Federal, artigo 5º, *caput*).

Não obstante, prevê o direito à saúde no artigo 6º, quando da previsão dos direitos fundamentais sociais, nos seguintes termos: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ainda em seu artigo 196, seção II, a saúde é tratada como um direito de todos e dever do Estado e que deverá ser garantido mediante adoção de políticas sociais e econômicas. Além disso, cria-se o Sistema Único de Saúde (SUS) a quem competirá controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, executar as ações de vigilância sanitária, dentre outros, cabendo ressalva o artigo 200, incisos VI e VIII, segundo os quais competirá o dever de fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e água para consumo humano, assim como o dever de colaborar na proteção do meio ambiente.

Dessa forma, a água para consumo humano, enquanto essencial e indispensável, deve ser fornecida a todos, e essa deve atender a padrões mínimos de potabilidade que serão passíveis de controle pelo SUS.

Inova, ainda, a Constituição de 1988 quando essa recepciona em seu texto a mais nova geração dos direitos humanos fundamentais, quais sejam o direito à paz e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De fato, somente em meados da década de 70 os sistemas constitucionais começaram, efetivamente, a reconhecer o ambiente como valor merecedor da tutela maior. Isso foi possível em razão da crise ambiental desencadeada após a Segunda Guerra, que libertou forças irresistíveis que culminaram na ecologização da Constituição.

Tal processo ocorreu em conformidade com o período de formação do direito ambiental, empolgando o legislador infraconstitucional e o constitucional. Desse modo, longe da mera reordenação da superfície normativa, ocorreu uma fratura no paradigma até então vigente, de modo a promover o reconhecimento de que a degradação tanto pode ser provocada pelo sujeito estatal quanto pelo privado e no enfraquecimento da separação absoluta entre os componentes naturais do entorno e os sujeitos da relação jurídica⁹⁹.

⁹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira *In*: (Org.). CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59.

A Constituição Federal em seu capítulo VI, artigo 225, dispõe que “Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo 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”.

Para Antunes¹⁰⁰ a existência do artigo 225, no ápice de todas as demais menções constitucionais ao meio ambiente e à sua proteção, demonstra que o direito ambiental é essencialmente um direito constitucional, eis que emanado diretamente da Lei Fundamental. O mesmo autor acentua:

[...] as Constituições que antecederam à atual Carta deram ao tema Meio Ambiente um tratamento pouco sistemático, esparso e com um enfoque predominantemente voltado para a infra-estrutura da atividade econômica, e a sua regulamentação legislativa teve por escopo priorizar a atividade produtiva, independentemente da conservação dos recursos naturais. A Constituição de 1988 não desconsiderou o Meio Ambiente como elemento indispensável e que servira de base para o desenvolvimento da atividade de infra-estrutura econômica. Ao contrário, houve um aprofundamento das relações entre o Meio Ambiente e infra-estrutura econômica, pois, nos termos da Constituição de 1988, é reconhecido pelo constituinte originário que se faz necessária a proteção ambiental de forma que se possa assegurar uma adequada fruição dos recursos ambientais e um nível elevado de qualidade de vida às populações.

Além disso, como se depreende do simples cotejo do artigo 225, *caput* e §1º, incisos I e V, apresenta-se complexo em sua estrutura na medida em que encerra em si normas que explicitam um direito da cidadania do meio ambiente sadio, normas que dizem respeito ao direito ao meio ambiente e normas que explicitam um direito regulador da atividade econômica em relação ao meio ambiente.

Segundo Canotilho¹⁰¹, a existência de tal preceito normativo constitucional implica o reconhecimento do direito ao ambiente enquanto autêntico direito subjetivo, eis que o substrato material do direito subjetivo decorre do fato de existir uma posição jurídico-ambiental garantida à pessoa, por meio de um preceito inserido nas disposições sobre direitos fundamentais na Constituição.

Assim, enquanto direito subjetivo, impõe-se aos Poderes Públicos o dever de assegurar a proteção do ambiente, ou seja, isso significa que o Estado tem o dever de combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais com ele imbricados (direito à vida, à integridade física, saúde), bem como o dever de proteger os cidadãos de agressões ao ambiente e à qualidade de vida, causados por outros cidadãos.

¹⁰⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 2008. p. 57.

¹⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 183.

Ademais, importa salientar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado exsurge como uma necessidade iminente, tendo em vista a possibilidade de comprometimento da vida e da saúde da coletividade, a médio e longo prazo, cujos danos poderão afetar indistintivamente a todos, inclusive às gerações vindouras.

Nesse sentido, além da preservação dos mananciais aquíferos, dos mecanismos de revitalização de rios e nascentes, o controle e conscientização do consumo de modo a evitar o desperdício, aliado aos mecanismos jurídicos que visam impedir e repelir a prática de condutas e atividades poluidoras, são iniciativas e instrumentos eficazes na defesa da vida, da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme preleciona Benjamin¹⁰², coube a constituição repreender e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em boa hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas, às expectativas futuras, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos em longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como dos benefícios tangíveis e intangíveis de seu uso-limitado.

Nessa perspectiva, ressalta o mesmo autor que somente por mediação do texto constitucional será possível enxergar um novo paradigma ético-jurídico, marcado pelo permanente exercício de fuga da clássica compreensão coisificadora, exclusivista, individualista e fragmentária da biosfera. Assim, ao se falar em equilíbrio ecológico, áreas protegidas, combate à poluição, proteção da integridade dos biomas e dever de recuperação do meio ambiente degradado, indica-se o intuito de assegurar no amanhã um planeta em condições de propiciar a vida em todas as suas formas.

A consequência disso é o reconhecimento de que os bens naturais se constituem em autênticos bens jurídicos merecedores de tutela máxima, daí sua inserção no ordenamento constitucional.

A constitucionalização do meio ambiente promoveu o estabelecimento de um dever constitucional de não degradar, a ecologização da propriedade a partir de sua necessária função social¹⁰³, a legitimação da função estatal reguladora, bem como o reconhecimento da proteção ambiental como um direito fundamental.

¹⁰² BENJAMIN, Antonio Hernan. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: (Org.) CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2007. p. 65-66.

¹⁰³ Nesse jaez, cumpre salientar que houve significativa mudança no regime da propriedade, pois seu titular não mais tem o direito pleno de explorar, mas deve observar o direito de seus vizinhos, bem como basear sua exploração respeitando-se a saúde humana e os processos e funções ecológicas essenciais. Segundo Benjamin, a tutela expressa do meio ambiente nas Constituições mais recentes, por poder constituinte originário ou derivado, reitera a função social da propriedade, além de relegitimar, numa perspectiva mais ampla e profunda, direitos que os indivíduos e a coletividade sempre foram detentores, na medida em que correlatos a limites intrínsecos do

Desse modo, a proteção ambiental deixa de ser um interesse menor, alcançando o ponto máximo do ordenamento. Não diferentemente, os diversos elementos que compõem o ambiente passam a gozar da mesma qualidade, na medida em que consubstanciam tantos outros direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, da água potável, eis que sem ela a vida e a sobrevivência do planeta seriam inviáveis.

Não se pode esquecer que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sadio, se traduz, em última análise, no próprio direito à vida. Isso decorre, notadamente, da unidade existente entre os direitos fundamentais e que se expressa numa coordenação interdependente de prerrogativas ligadas à pessoa humana e de prerrogativas para além do exercício de sua liberdade¹⁰⁴.

Devido a essa relação de reciprocidade, pode-se afirmar que o direito de acesso à água, necessidade básica e vital, enquanto elemento integrante do meio ambiente e essencial à vida e à saúde, é notadamente um direito fundamental, pois corolário de todos os demais direitos fundamentais¹⁰⁵.

Muitas são as definições possíveis acerca da expressão *meio ambiente*, porém, seguir-se-á a definição legal oferecida pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, artigo 3º, inc. I)¹⁰⁶, segundo a qual o meio ambiente é definido como “o conjunto de condições, leis, influências e interação de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Assim, a noção de meio ambiente comporta tudo aquilo que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, não se limitando apenas a vida humana.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente enquanto direito fundamental possui duplo significado, qual seja, enquanto valor intrínseco ao alcance da dignidade humana e

direito de propriedade privada, justificados sob o império da preservação da vida e de suas bases naturais. (BENJAMIN, Antonio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: (Org.) CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2007. p. 72)

¹⁰⁴ SILVA, Reinaldo Pereira e. Teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 12, n. 46, abr/jun. 2007. p. 181. Segundo esse autor, a fundamentalidade do direito ao ambiente natural se expressa na garantia de sua qualidade como condição imprescindível ao desenvolvimento das potencialidades individuais, de modo que, sendo um direito *prima facie*, o ambiente natural atinge seus contornos definitivos na relação de reciprocidade com as demais categorias de direitos fundamentais. Daí porque o direito de ir e vir (direito de liberdade), por exemplo, não pode vir dissociado do direito à moradia, do direito de agir, pois o direito à moradia é condição material indispensável para o exercício da liberdade.

¹⁰⁵ SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 48, 2007. p. 227.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei n. 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. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

enquanto meio necessário para que o indivíduo e a coletividade possam desenvolver todas as suas potencialidades.

Segundo Solange Silva¹⁰⁷,

O fundamento da constitucionalização do direito ao meio ambiente é a própria dignidade da pessoa humana, das gerações presentes e futuras. De maneira mais abrangente é possível afirmar que o fundamento da consagração de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a dignidade da vida em todas as suas formas. Trata-se de assegurar a continuidade da vida no planeta, fundada na solidariedade humana no tempo e no espaço.

Além disso, desponta como uma das missões das normas constitucionais o estabelecimento do substrato normativo que circunda e orienta o funcionamento do Estado. Disso decorre a legitimação da intervenção estatal, legislativa ou não, em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos essenciais, inclusive por meio da incidência enérgica da sanção penal em face da prática de conduta contra o meio ambiente e seus elementos integrantes.

O direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra ainda respaldo no princípio da solidariedade, previsto na Constituição Federal, artigo 3º, inciso III. Baseado na cultura cristã¹⁰⁸, a tutela dos direitos supra-individuais decorre do avanço considerável nas relações humanas, uma vez que consiste no desprendimento, *a priori*, da tutela dos direitos individuais em favor da tutela de grupamentos humanos.

Acrescenta Luiz Regis Prado¹⁰⁹, que grande foi a colaboração dos organismos internacionais nesse sentido, eis que a pressão desses conduziu a uma universalização da luta pelo meio ambiente, colocando em questão uma nova forma de solidariedade entre os povos a fim de se alcançar a paz e a união por uma vida melhor. Assim, a responsabilidade histórica das nações pela preservação da natureza desponta como um imperativo elementar à sobrevivência, essa por sua vez, pressupõe a solidariedade entre os povos.

Desse modo, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade constitui autêntico mandamento constitucional que proíbe, por exemplo, que qualquer pessoa no território brasileiro morra de sede ou pereça com danos irreparáveis a sua saúde por falta de água potável ou por seu consumo quando contaminada por dejetos industriais e residenciais, assim como, impõe o dever de não poluir.

¹⁰⁷ SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 48, p. 229.

¹⁰⁸ O respeito ao próximo e a solidariedade para com ele é princípio fundamental do cristianismo, cuja expressão máxima encontra-se em *amar ao próximo como a ti mesmo*.

¹⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental**: problemas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953. p. 18.

De fato, o acesso à água potável para todos os homens pressupõe um princípio básico de convivência. Isso porque, sua defesa implica na defesa de um bem coletivo responsável pela preservação da vida, da saúde e do equilíbrio ecológico, cuja poluição constitui autêntico obstáculo à sua implementação.

A Constituição Federal, artigo 225, *caput*, de forma clara, impõe um dever geral de não degradar o meio ambiente a ser observado tanto pelo Poder Público, quanto pela coletividade, seja por meio da adoção de condutas positivas, seja por intermédio de abstenções no desenvolvimento das diversas atividades humanas.

Não obstante, a própria Constituição incluiu no rol dos bens ambientais, da União e dos Estados, a água (artigos 20, III e 26, I), elemento fundamental nos processos biológicos e no desenvolvimento econômico, fornecendo densidade ao preceito constitucional do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal juntamente com tantos outros dispositivos esparsos no mesmo comando legal que legitimam, complementam, quando não o viabilizam.

Como bem salienta Rebouças¹¹⁰, reconhecer que a água é um bem público significa que essa não pode ser privada, bem como não pode ser considerada uma mercadoria, salvo quando gera benefícios econômicos aos usuários. Além disso, afirma Silva¹¹¹ que se trata de um bem livre para consumo humano, animal e para fins agrícolas e industriais, mas não é livre para ser conspurcada a sua qualidade essencial, a sua pureza, indispensável ao consumo.

Por outro lado, entende-se que o dever do Poder Público de defender e proteger o meio ambiente, e conseqüentemente a água potável, também deve ser compreendido como obediência ao princípio da legalidade, eis que às diversas esferas de poder incumbem a observância de tudo quanto disposto na Constituição Federal, artigo 225, e todos os seus parágrafos, bem como dos acordos e tratados internacionais, bilaterais ou multilaterais, que vierem a ser negociados, assinados e ratificados pelo Estado brasileiro em matéria ambiental.

Com efeito, o artigo 225 aparece diretamente vinculado ao rol axiológico basilar elencado na Constituição. Isso porque, exsurge como intrínseco aos valores da dignidade e da liberdade, igualdade e da justiça, bem como dos objetivos fundamentais que visam à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. Ademais, não se pode dissociá-lo dos direitos à vida e à saúde¹¹².

¹¹⁰ REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 8, n. 32, out/dez. 2003. p. 43

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 85.

¹¹² PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental: problemas fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953. p. 27-28.

Nesse diapasão, acentua Ana Maria Marchesan¹¹³:

O direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado está em íntima correlação com o direito mais elementar de todo ser humano – a vida. Sem um patamar mínimo de equilíbrio ambiental e de disponibilidade de recursos ambientais, especialmente do recurso água, não há condições de vida.

Não obstante, pode-se ainda afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental, encontra respaldo no princípio da dignidade humana. Nesse sentido assevera Alessandra Prado¹¹⁴:

Os dispositivos constitucionais referentes aos direitos fundamentais têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, e, dessa forma, refletem o respeito pelo homem, enquanto ser, e, simultaneamente, reconhecem e garantem um conjunto de bens ou valores importantes, essenciais à sociedade, que legitimam e dão sentido ao direito positivado.

Assim sendo, o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o direito de acesso água como um direito fundamental, acarretam diversas implicações. Dentre elas, cita Azor El Achkar¹¹⁵:

[...] *prima facie*, o direito fundamental, leva à formulação de um princípio de primariedade do ambiente, no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é permitido tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível. Em segundo, este *status* lhe confere um direito de aplicação imediata e direta, valendo por si mesmo, independente de lei que o regulamente, vinculando, desde logo, todas as entidades públicas e privadas. Na terceira implicação resultante do seu caráter fundamental, a manutenção ou restabelecimento do equilíbrio ecológico impõe-se a irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, distintivos que informam a ordem pública ambiental. Até a falta de zelo dos beneficiários na sua fiscalização e defesa não afeta sua validade e eficácia, pois é direito atemporal.

Todavia, esse reconhecimento não poderia se afirmar sem que houvesse também uma previsão expressa de instrumentos aptos a fazê-los efetivos. Desse modo, a Constituição Federal, artigo 225, § 3º, prevê, dentre tantos outros, a responsabilidade penal não somente da pessoa física, mas também da pessoa jurídica cuja atuação venha a degradar os elementos componentes do meio ambiente.

O mencionado dispositivo está assim redigido na sua parte fundamental: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

¹¹³ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O Ministério Público e a tutela dos recursos hídricos. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 40, out/dez, 2005. p. 10.

¹¹⁴ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 18.

¹¹⁵ ACHKAR, Azor El. **A compensação ambiental da lei nº 9.985/00**: fundamentos e natureza jurídica. 2007. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008. p. 35.

Essa regra impõe-se ante o crescente progresso tecnológico e o desenvolvimento pautado no consumo em massa, eis que *pari passu* ao incremento das condições de melhoria da qualidade de vida dos homens em sociedade, ocorre também um incremento nos riscos cujas conseqüências podem irreversivelmente por em perigo a vida no planeta.

Convém assinalar a observação de Édis Milaré¹¹⁶:

Soa estranho, realmente, que um bem tão importante para a sobrevivência do homem – “bem de uso comum do povo”, na linguagem do legislador constituinte – tenha que merecer a tutela do Direito para ser respeitado. O ideal e correto seria que a potestade do ambiente fosse reconhecida intuitivamente, até porque “não temos o direito de exterminar o que não criamos. Mas, como se vive (infelizmente) num mundo de santos, marcados por virtude e racionalidade, a superação do quadro de degradação ambiental não pode prescindir do socorro da lei.

Segundo Luiz Regis Prado¹¹⁷, a Constituição não se limita simplesmente a fazer uma declaração formal da tutela do meio ambiente, mas estabelece a imposição de medidas coercitivas aos transgressores do mandamento constitucional. Dessa forma, a Carta Brasileira afastou, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à necessidade de uma proteção penal do ambiente.

Rothernburg¹¹⁸ assevera que a fundamentalidade constitucionalmente atribuída ao bem jurídico ambiental revela-se ainda na Constituição Federal por meio do mandamento de criminalização. Isso ocorre porque se trata de um valor dos mais estimados, a ensejar a presença do *braço armado* do direito criminal sob a mais enérgica modalidade sancionatória: a pena.

Por essa razão a importância de se reconhecer a água como um bem ambiental essencial à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ensejar a tutela penal mediante a tipificação da conduta poluidora, bem como a necessária aplicação de uma sanção compatível com os moldes da sociedade pós-moderna e com as finalidades da pena. Assim, tutelando-se à água, o legislador ordinário, de certa forma, assegura que a busca por seu acesso não reste prejudicada.

¹¹⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 736.

¹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental**: problemas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953. p. 32.

¹¹⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. A constituição ecológica. (Orgs) KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virginia Prado. *In: Desafios do direito ambiental no século XXI* – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 826.

1.4.1 A Opção por um Antropocentrismo Moderado na Defesa do Bem Jurídico Água Potável

A expressão *antropocentrismo* tem origem greco-latina composta da palavra oriunda do grego *anthropos*, que significa o homem, e da palavra oriunda do latim: *centrum*, que significa o centro, o centrado. Até bem pouco tempo prevalecia o entendimento de que o homem ocupava o centro do universo e de que tudo o mais além dele gravitava ao seu redor, exercendo um papel, tão-somente, secundário, subalterno e condicionado.

Decerto, que a corrente antropocêntrica teve grande força no mundo ocidental em virtude das posições racionalistas, eis que se partia do pressuposto de que a razão é atributo unicamente do homem e por isso se constitui no valor maior e determinante da finalidade das coisas.

Não obstante, também a tradição judaico-cristã fortaleceu sobremaneira a difusão do pensamento antropocêntrico, eis que, logo no livro inaugural de suas Sagradas Escrituras – Gênesis, capítulo 2, versículo 27-28 –, apresenta que todas as coisas foram criadas para o homem e para que sobre elas exercesse seu domínio¹¹⁹.

Assim, o relacionamento homem-natureza era reforçado por uma interpretação deturpada das Sagradas Escrituras, que fomentava o entendimento de um relacionamento de sobreposição do homem em relação à natureza e seus bens. Talvez, por isso, François Ost¹²⁰ tenha colocado as três grandes religiões – judaísmo, cristianismo e islamismo – como colaboradoras da dessacralização da natureza.

Tal visão foi ainda reforçada com o advento do renascimento, entre os séculos XV e XVI. Isso porque, durante aquele período, muito embora o homem ocupasse o centro do universo não por determinação divina, reconheceu-se que esse encerrava em si um valor que o diferenciava das demais coisas criadas, justamente por ser um ser pensante e dotado de razão. Isso justificava, por exemplo, a utilização em larga escala dos recursos ambientais para promoção do desenvolvimento tecno-científico e para o alargamento da produção de riquezas artificiais, sem qualquer controle e preocupação com a possível finitude de tais bens.

¹¹⁹ BÍBLIA Sagrada. 62. ed. São Paulo: Ave Maria, 1988. Em seu capítulo 1º, versículos 26-29, do livro do Gênesis: “Então Deus disse: Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra. Deus criou o homem e a mulher. Deus os abençoou: ‘Frutificai, disse ele, e multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a. Dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todos os animais que se arrastam sobre a terra’”.

¹²⁰ OST, François. **A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. (Coleção Direito e Direitos do Homem). p. 33-35

Somente mais recentemente, começou a surgir teorias visando à correção da distorcida visão de que todas as coisas foram criadas para o homem, independentemente da forma com que esse as administra e utiliza. Para tanto, contribuiu sobremaneira o reconhecimento de que os recursos ambientais são finitos, em que pese o fato de muitos deles serem encontrados abundantemente no planeta, a exemplo da água.

De certo modo, o biocentrismo abalou a soberania do antropocentrismo na medida em que concentrou grande ênfase no valor da vida em seu sentido mais amplo, e esse passou a ser um referencial inovador para as intervenções do homem no mundo natural.

Avessa à concepção de que o planeta Terra é mero celeiro de recursos à disposição das variadas e infinitas necessidades humanas, o ecocentrismo finca seus alicerces na aceitação explícita da idéia de que o mundo não existe apenas para o homem e de que a vida, e todos os aspectos a ela inerentes, deve ser o valor mais expressivo do ecossistema.

Segundo Milaré e Coimbra¹²¹, o ecossistema planetário tem um valor que lhe é intrínseco por força do ordenamento do Universo e isso lhe assegura a tutela do direito independentemente das avaliações e dos interesses humanos. Nesse jaez, os seres não-humanos não podem ser sujeitos de direitos e deveres, uma vez que, pelo simples fato de existirem e comporem o quadro do mundo natural essencial à vida, todavia, esses mesmos seres não-humanos constituem objeto de direito dada à inter-relação existente entre eles e o homem.

Cumpre salientar que não basta a tutela do ambiente sob o fundamento notadamente utilitarista, ou melhor, como um objetivo decretado pelo homem para seu exclusivo benefício, mas a tutela do ambiente a partir do reconhecimento de ser esse dotado de um valor em si mesmo e não como objeto¹²². A partir desse reconhecimento justificar-se-á, por exemplo, a interferência penal às condutas humanas que ameaçam o equilíbrio do ecossistema, pois não há que falar em vida dissociada dos elementos que a compõem e que lhe são indissociáveis.

Verifica-se, assim, que ainda não há supremacia da visão econcêntrica sobre a antropocêntrica, porquanto a importância da tutela do meio ambiente ainda encontra justificação na idéia de sua indispensabilidade à vida e à saúde humana. Afinal, ainda se

¹²¹ MILARÉ, Edis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 9, n. 3, out/dez. 2004. p. 19.

¹²² Visão essa defendida por Hinkelammert, para quem a reprodução material da vida humana é a última instância de toda a vida humana e, portanto, de sua liberdade. O homem morto – ou ameaçado de morte – deixa de ser livre, independentemente do contexto social em que vive. Assim afirma que “O meio ambiente não é um fim em si, mas a mediação material imprescindível da reprodução da vida humana em seus termos materiais”. (HINKELARMMERT, Franz J. **As armas ideológicas da morte**. São Paulo: Paulinas, 1983. p. 91-92).

considera o homem o valor-fonte de todos os valores, conquanto não mais subsista a idéia de que a variante ecológica é algo meramente simbólico e relativo.

De fato, o meio ambiente é uma realidade concreta de seres concretos que existem e se relacionam entre si, em processo ininterrupto de interações, formando uma rede ou cadeia, da qual o ser humano é apenas um entre, e com, os demais seres. No entanto, não se pode negar que desponta o homem como principal sujeito do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, por ser o homem o principal sujeito dos benefícios ambientais é que a ele se impõe o dever de preservá-los valendo-se, para tanto, do direito, do processo de judicialização. Ademais, ao ser erigido à categoria de direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é atribuído à pessoa individualmente, em que pese ser um direito de natureza difusa.

Guilherme Figueiredo¹²³ considerando a necessidade da adoção de uma visão antropocêntrica moderada em se tratando da tutela penal do meio ambiente, afirma que:

[...] só será típica a conduta quando expuser a perigo, por meio da afetação de elementos naturais, algum daqueles interesses humanos coenvolvidos: vida, integridade física, patrimônio, economia, segurança, bem-estar, conservação das formas físicas, geológicas, geomorfológicas e biológicas etc. Torna-se claro, a essa luz, que a afetação do equilíbrio dos sistemas naturais e a afetação daqueles interesses humanos não são coisas distintas, na justa medida em que o interesse por um meio ambiente equilibrado só possui dignidade penal enquanto interesse poli-instrumental à satisfação de necessidades do homem (considerado aqui na sua dimensão de ser social). Vale por dizer: são *interesses entrecruzados numa mesma linha de ataque*. Por outro lado, também parece claro que uma tal concepção não se confunde com o antropocentrismo radical de Frankfurt, porque não restringe a punição somente a casos em que a conduta afeta diretamente a vida ou a saúde das pessoas.

A par disso, faz-se mister reconhecer a necessidade de se evitar tanto o exagero de uma postura puramente antropocêntrica, despida da consciência de que o meio ambiente detém um valor em si mesmo, como também evitar uma espécie de totalitarismo biocêntrico que negue ao homem a primazia no exercício de direitos em relação aos demais seres criados.

Para Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas¹²⁴ faz-se necessário conciliar as duas correntes, de modo que nem pode o meio ambiente ser autônomo, sem qualquer finalidade para o homem, nem tampouco considerado algo a ser destinado pura e simplesmente à satisfação dos desejos dos seres humanos.

¹²³ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. São Paulo: IBCCRM, 2008. p. 253.

¹²⁴ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**: de acordo com a lei 9.605/98. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 51.

Antunes¹²⁵ também corrobora com o presente entendimento ao asseverar que:

A incorporação da tutela dos ecossistemas no texto constitucional implica, efetivamente, uma profunda alteração do próprio conceito de sujeito de direito não antropológico, muito mais “incrível” é a inclusão do biocentrismo como novo conceito central do direito. Obviamente, não se trata de uma superação dos conceitos antropocêntricos ou biocêntricos, mas, pelo contrário, um reconhecimento de ambos como sujeitos de direito, e mesmo o reconhecimento de que, no interior de um determinado ecossistema, é possível a titularização de direitos por “sujeitos abióticos”.

Faz-se necessária, portanto, a conjugação das duas visões, eis que impende o reconhecimento de que o meio ambiente natural detém um valor em si mesmo, porém, na medida em que compete ao homem valorar todas as coisas, não se pode ignorar que no processo de valoração o próprio homem, inevitavelmente, o fará conforme suas necessidades e o ideal de ver preservada a sua dignidade.

Conforme Suzani Souza e Carlos Eduardo Souza¹²⁶, mesmo que se fale em ecologia, é sempre humano falando, por isso, uma vez que o homem é o construtor do discurso, ele não pode *dizer* do ponto de vista da natureza, pois a linguagem que conhece é constituída por ele mesmo. Não obstante assevera:

Bem, sabemos que a ciência é construída pelos seres humanos! Sendo assim, é inevitável que se fale na posição humana. Nesse enfoque, o antropocentrismo, pela sua inerência humana, é e certamente nunca deixará de ser contemporânea, pois é o homem e a mulher falando na sua própria posição [...]. Quando se coloca num texto “a água ferve”, essa observação só foi possível pela existência desse ser que observa.

Foi nessa atmosfera de confluência de juízos de valor acerca do meio ambiente que a Constituição Federal, em seu artigo 225, erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental. Tal reconhecimento contribuiu para que atualmente se pudesse falar na existência de um bem jurídico ambiental ou, até mesmo, do meio ambiente como bem jurídico penal.

Assim sendo, a água potável, elemento indispensável à vida de todo o ecossistema, é reconhecida como bem jurídico, cujo acesso e disponibilidade entre todos os indivíduos se impõem como autêntico direito subjetivo. Sua importância encontra respaldo na convicção firmada de que sem água é impossível a vida no planeta, ou melhor, a vida humana e o equilíbrio entre as diversas formas de vida existentes na Terra.

¹²⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 76.

¹²⁶ SOUZA, Suzani Cassiani de; SOUZA, Carlos Eduardo Pillaggi de. Se a linguagem e os pensamentos são humanos... é possível fugir do antropocentrismo? In: (Org.) BRÜGGER, Paula *et al.* **Tecendo subjetividades em educação e meio ambiente**. Florianópolis: NUP/CED/UFSC, 2003. (coleção cadernos CED). v. 6. p. 72-73

2 O DIREITO PENAL E A TUTELA AMBIENTAL

Atualmente, enfrenta o aplicador do direito grandes desafios impostos pelos novos fatos inerentes à sociedade pós-moderna, marcada por grandes e velozes avanços científicos. Dentre eles, pode-se ressaltar a amplitude dos efeitos das ações degradadoras do meio ambiente, bem como a dificuldade na delimitação do papel a ser desempenhado pelo direito penal, de forma que seja esse ramo do direito capaz de acompanhar os saltos dados pela ciência moderna.

Se anteriormente se ressaltou o acesso à água potável como um direito humano e fundamental, neste tópico releva identificar a importância do direito penal ambiental na tutela da água enquanto bem jurídico, para que seja viável o exercício do direito ao seu acesso. Outro aspecto relevante será a atribuição à pena, ou melhor, à sanção penal ambiental, de uma nova feição, dessa feita não mais estigmatizante, mas propulsora de uma nova mentalidade à medida que ganha, além da função reparadora do dano, uma função instrumental acessória à implementação de direitos fundamentais.

2.1 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade de risco, modelo sociológico desenvolvido por Ulrich Beck¹²⁷, designa, segundo esse, “[...] uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e proteção da sociedade industrial”, caracterizando-se como uma sociedade na qual os riscos se referem a danos não delimitáveis, globais e, com frequência, irreparáveis e que afetam a todos os cidadãos.

Segundo o mesmo autor¹²⁸, na modernidade avançada, a produção de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, por correspondentes produções sociais de riscos, que por sua vez é marcada por dois momentos. Em um primeiro momento o Estado Social visa reduzir e

¹²⁷ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott (autores). **Modernização reflexiva**. Tradução Magna Lopes. Revisão técnica de Cebele Saliba Rizek. São Paulo: UNESP, 1997. p. 15.

¹²⁸ BECK, Ulrich *apud* SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Ciência do direito penal contemporâneo). v. 3. p. 28.

excluir socialmente a miséria material, noutro momento, o crescimento exponencial das forças produtivas virá a criar novos riscos, até então desconhecidos.

Diferentemente da modernidade simples, a modernidade reflexiva, tal como concebida por Ulrich Beck, pode ser definida como estágio em que as formas contínuas de progresso tecno-econômico podem se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o transforma. Assim, o autor distingue a modernização simples, marca do período industrial, da modernização reflexiva, que também envolve a desincorporação das formas sociais industriais e a reincorporação de outra modernidade.

No entanto, pode-se afirmar que para Beck a alteração das bases da sociedade industrial por ela mesma ocorre, em um primeiro momento, sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência, ao passo que em um segundo estágio essa constelação de fatores é percebida e torna-se objeto de consideração pública, política e científica.

Marta Rodríguez de Assis Machado¹²⁹, considera que a sociedade de risco refere-se à época em que o lado negro do progresso domina o debate social e que envolve o que até então ninguém havia cogitado – o auto-arriscamento, devastação da natureza e a possibilidade de destruição em massa. Nesse sentido afirma:

Em outras palavras, os mercados perceberam apenas as informações codificadas na linguagem de preços e foram surdos a efeitos externos que se produziam em outros campos. Isso quer dizer que a própria modernização trouxe conseqüências que estão hoje arriscando as condições básicas de vida alcançadas por via desse mesmo processo. Por isso, o paradigma social do risco é marcado pela percepção de ameaças produzidas no caminho da própria sociedade industrial e, até então, subtraídas ao sentido comum. Vislumbra-se, finalmente, que a sociedade do risco surge porque as certezas da sociedade industrial, o consenso para o progresso e a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos dominaram por muito tempo o pensamento e a ação das pessoas e das instituições desta sociedade e foram responsáveis por legitimar a produção de novos riscos.

Segundo a autora, o princípio axial e, ao mesmo tempo, o desafio da sociedade mundial contemporânea estão no fato de que os riscos que hoje a ameaçam foram produzidos pela própria civilização no processo de desenvolvimento da primeira modernidade. Esses riscos, por sua vez, segundo Ulrich Beck¹³⁰, emergiram na condição de efeitos colaterais de produtos ou processos industriais, que por muito tempo foi cega e surda aos seus próprios efeitos.

¹²⁹ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 35.

¹³⁰ Segundo Beck, “A sociedade de risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos aos seus próprios efeitos e ameaças. De maneira cumulativa e latente, esses últimos produzem ameaças que questionam e finalmente destroem as bases da sociedade industrial”. (GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. 1997, p. 16-19).

Assim, pode-se dizer que a partir desse momento surge uma moldura conceitual que permite analisar a questão ecológica não como um problema do meio ambiente ou da natureza por si só, mas como uma questão inerente e, porque não indissociável, à sociedade do risco. Por tal razão justifica-se a premente necessidade do incremento de certos institutos jurídicos com vistas a minorar seus efeitos.

Outrossim, desponta como fator intrínseco à pós-modernidade a falta de limites fronteiriços no que tange aos novos acontecimentos¹³¹, notadamente aos riscos ambientais, e que se caracterizam por sua indeterminação espacial e temporal, apresentando, na maioria das vezes, dimensões e potencial destrutivo muito superior aos riscos naturais.

Nesse sentido, acrescenta ainda Marta Machado¹³² que,

Tais riscos de procedência humana caracterizam-se por sua indeterminação espacial e temporal e, frequentemente, apresentam dimensões e potencial destrutivo superiores aos dos riscos naturais. Acoplados ao fenômeno da globalização, passam a significar ameaça a um número indeterminado e potencialmente enorme de pessoas. Afinal, “globalidade denomina o fato de que, daqui para frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam todo o planeta e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo ‘global-local’”.

Zygmunt Bauman¹³³, por sua vez, retrata o mal estar da pós-modernidade nos seguintes termos:

O sentimento dominante, agora, é a sensação de um novo tipo de incerteza, não limitada a própria sorte e aos dons de uma pessoa, mas igualmente a respeito da futura configuração do mundo, a maneira correta de viver nele e os critérios pelos quais julgar os acertos e erros da maneira de viver. O que também é novo em torno da interpretação pós-moderna da incerteza [...] é que ela já não é vista como um mero inconveniente temporário, que com o esforço devido possa ser abrandado ou inteiramente transposto. O mundo pós-moderno está-se preparando para a vida sob uma condição de incerteza que é permanente e irredutível.

Tal visão é ainda ratificada por Silva Sánchez¹³⁴, para quem “numa dimensão subjetiva, a sociedade pós-moderna pode ser definida como uma sociedade da ‘insegurança sentida’”, seja pela perplexidade derivada da falta de domínio do curso dos acontecimentos, seja pela dificuldade, em meio à avalanche de informações, de obter uma autêntica informação fidedigna, seja também pela lógica do mercado que reclama indivíduos sozinhos e

¹³¹ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco**. 2004. p. 29.

¹³² MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. 2005. p. 40.

¹³³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 32.

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI). v. 11. p. 30-33.

disponíveis, fomentando alterações ético-sociais. Daí considerar-se a sociedade de risco como uma sociedade complexa e que envolve vários paradigmas dentro de um mesmo modelo¹³⁵.

No entanto, pode-se dizer que a pós-modernidade trouxe consigo avanços que propiciaram mais conforto, comodidade e bem-estar aos seres humanos, conquanto tenha provocado uma ampliação nos efeitos das ações humanas, tanto na dimensão temporal, quanto espacial, fazendo surgir uma progressiva e cumulativa incorporação das mais variadas situações de perigo no sistema de produção e mesmo na vida de todos os seres vivos¹³⁶.

Esse paradoxo é ainda mais claramente manifestado por Hannah Arendt¹³⁷, para quem “[...] a sociedade de massas, onde o homem como animal social reina supremo e onde aparentemente a sobrevivência da espécie poderia ser garantida em escala mundial, pode ao mesmo tempo ameaçar de extinção a humanidade”.

A autora¹³⁸ propõe uma distinção entre labor e trabalho, cuja consideração vai implicar no reconhecimento de conseqüências distintas quanto ao modo de produção e acumulação de riquezas, bem como no modo como o meio ambiente suportará os excessos de cada modelo adotado.

Nesse sentido, o labor nada mais é que os meios de consumo, cuja produção destina-se a alimentar quase imediatamente o processo da vida humana, e esse consumo, regenerando o processo vital, produz nova força de trabalho de que o corpo necessita para seu posterior sustento. Assim, a necessidade de subsistir comanda tanto o labor quanto o consumo, daí falar-se que os produtos do labor, produtos do metabolismo do homem com a natureza, não duram no mundo o tempo suficiente para se tornarem parte dele, e a própria atividade do labor, concentrada exclusivamente na vida e em sua manutenção, é tão indiferente ao mundo que é como se esse não existisse.

Diferentemente ocorre com o trabalho, esse muito mais destrutivo, uma vez que o processo de trabalhar subtrai material da natureza sem o devolver no curso rápido do metabolismo natural do organismo vivo, o que exige do homem persistência para que se reparem, dia a dia, os danos de ontem. Todavia, tal ato não significa coragem, e o que torna o esforço tão doloroso não é o perigo, mas sua implacável repetição.

Aliás, esse é um dos traços marcantes da sociedade do risco ou da pós-modernidade, o dinheiro que separa o homem de sua relação comunitária conferindo-lhe liberdade e a busca

¹³⁵ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco**. 2004. p. 168.

¹³⁶ ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 11, n. 42, abr/jun. 2006. p. 26.

¹³⁷ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 55.

¹³⁸ *Ibid.* p. 110-130.

incessante pela satisfação de suas incontáveis necessidades em detrimento da preservação dos bens naturais.

Nesse sentido, Márcia Elayne Moraes traz a lume lição de Georg Simmel e colaboradores¹³⁹ para quem a essa liberdade, todavia, é agregada a necessidade constante do dinheiro, uma vez que tem que substituir “mais e mais coisas cada vez mais variadas”, que, por sua vez, perdem em importância quanto ao seu caráter qualitativo, eis que o valor do dinheiro é sua medida. Daí afirmar-se que o constante consumo é um dos reflexos da modernidade.

Não obstante, Arendt¹⁴⁰ ressalta ser o grande perigo da automação o aumento e intensificação do ritmo natural da vida e a capacidade dessa última de minar a durabilidade:

O perigo da futura automação não é tanto a tão deplorada mecanização e artificialização da vida natural, quanto o fato de que, a despeito de sua artificialidade, toda a produtividade humana seria sugada por um processo vital enormemente intensificado e seguiria, sem dor e sem esforço, o seu ciclo natural eternamente repetido. O ritmo natural das máquinas aumentaria e intensificaria enormemente o ritmo natural da vida, mas não mudaria – apenas tornaria mais destruidora – a principal característica da vida em relação ao mundo, que é a de minar a durabilidade.

Márcia Elayne Moraes¹⁴¹ relembra que todas as conquistas tiveram um custo muito alto, principalmente para aqueles países que tiveram uma revolução industrial muito rápida, sem tempo suficiente para recomposição de seus recursos. Tal problema, aliado à poluição e aos danos que a mesma acarreta à saúde do homem, abalou, de certo modo, a crença no devir.

Arendt¹⁴² sinaliza como perigo o fato de que toda a economia já se tornou uma economia do desperdício, na qual todas as coisas devem ser devoradas e abandonadas quase tão rapidamente quanto surgem no mundo, alimentando, desse modo, a futilidade de uma vida que não se fixa, nem se realiza em coisa alguma que seja permanente, que continue a existir depois de terminado o labor.

De fato, como bem observa Alessandra Prado¹⁴³, hodiernamente uma das grandes questões a ser enfrentada pelos Estados é a compatibilização de interesses conflitantes e essenciais à manutenção da existência humana e o desenvolvimento das sociedades. O

¹³⁹ SIMMEL, Georg *et al apud* MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco.** p. 151.

¹⁴⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 2008. p. 144.

¹⁴¹ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco.** 2004. p. 18.

¹⁴² ARENDT, Hannah. *Op. cit.* p. 146-148.

¹⁴³ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5. 2006. p. 160-161.

primeiro é intrínseco à proteção do meio ambiente, ao passo que o segundo está diretamente relacionado ao desenvolvimento tecnológico, científico e econômico.

Também Solange Teles da Silva¹⁴⁴ ressalta:

Se o progresso da ciência, da tecnologia e da inovação promove a prosperidade e cria condições para a melhoria da qualidade de vida dos seres humanos em sociedade, também é possível afirmar que esse mesmo progresso implica riscos e algumas de suas aplicações podem trazer conseqüências irreversíveis à vida no planeta.

Desse modo, depara-se o homem pós-moderno com o desafio de conjugar a posse e a satisfação das suas necessidades, com a vontade de preservação do meio ambiente. Isso porque, à medida que se aceleram os processos de produção, acelera-se também a produção de resíduos que dificilmente serão suportados pela natureza, gerando degradação do meio ambiente, da saúde humana e o desequilíbrio do ecossistema.

Afirma Maria Auxiliadora Minahim¹⁴⁵ que há, sem dúvida, na espécie humana, um sentimento de dominação sobre a terra e tudo que nela habita, sentimento esse que se fazia, ou se faz, acompanhar de imprudente otimismo quanto a inesgotabilidade dos recursos naturais, acreditando-se que a tecnologia poderia curar toda ofensa feita à natureza. Porém, a deteriorização do meio natural passou a ser facilmente constatável, deixando de funcionar como mero aviso apocalíptico e *mauagorento*, na medida em que começou a interferir diretamente na qualidade de vida das pessoas.

Como conseqüência, mesmo a população menos instruída e a parcela mais consumista, adquiriu alguma consciência das causas da degradação e dos seus perigos em seu cotidiano. Dessa forma, afirmar-se que esse conhecimento parece ter estimulado a problematização da questão ambiental e a necessidade de dispensar-lhes cuidados, em que pese num primeiro momento ter feição eminentemente utilitarista, eis que visava cuidar daquilo que serve à pessoa humana para impedir que sua destruição ou degradação cause um desequilíbrio incapaz de ser suportado pela espécie.

Alessandra Prado¹⁴⁶, oferecendo alicerce para o reconhecimento da necessária intervenção penal na defesa dos bens difusos, mas notadamente do meio ambiente, assevera que:

Após a Segunda Guerra Mundial, diante da necessidade de reconstrução de tudo quanto fora destruído, tem início uma nova e dinâmica era tecnológica, seguida da

¹⁴⁴ SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 2007. p. 239.

¹⁴⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. Aula ministrada no curso de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal da Bahia, em Salvador, em agosto de 2007 (Comunicação verbal).

¹⁴⁶ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5. 2006. p. 162

descoberta e desenvolvimento de novos materiais, que vieram a se revelar poluentes; do apelo ao consumo e, portanto, da geração de resíduos, entre outras coisas; e, em consequência, também acompanha de efeitos degradantes à saúde do homem, ao equilíbrio do ecossistema. Assim, com o risco da interrupção da continuidade da vida, desperta-se a consciência sobre a necessidade de se proteger o meio de sobrevivência da espécie humana; clama-se pelo reconhecimento de um direito do ser humano enquanto integrante do meio – o direito a viver em um ambiente sadio, para que sua dignidade seja respeitada e sua personalidade desenvolva-se em plenitude.

Para Minahim¹⁴⁷, a adesão do direito penal à tutela dos bens e interesses supra-individuais dá-se a partir da ameaça representada pela forma de vida praticada pela sociedade pós-industrial, cujo estado de conhecimento do mundo pelos indivíduos não tem sido capaz de impedir o uso que se faz dele na degradação do outro e do próprio ambiente em que vive.

Assim, ressalta que não é possível dispensar a tutela jurídico-penal em face de certos fatos que constituem potenciais ameaças às condições de existência da sociedade. Isso o diz em relação a certos fatos decorrentes do uso das biotecnologias, mas que pode ser aplicado às ameaças produzidas pela tecnociência como um todo.

Do mesmo modo, Silva Sánchez¹⁴⁸ reconhece a possibilidade de expansão do direito penal pelo fato de ser esse um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos, mormente ante os novos interesses ou novas valorações de interesses que podem dar ensejo à aparição de novos bens jurídicos, a exemplo do *meio ambiente*, ao qual se atribui agora um valor que anteriormente não lhe correspondia.

Nesse diapasão, assevera Heron Santana¹⁴⁹ que um dos principais dilemas de países periféricos como o Brasil, é saber compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, ou seja, como promover o crescimento econômico sem colocar em risco o patrimônio ecológico da nação. Nessa perspectiva, afirma que a criminalidade ambiental é típica da sociedade de risco¹⁵⁰.

Silva Sánchez¹⁵¹ também identifica como outra face da sociedade de risco o surgimento do fenômeno da *criminalidade de massa*, na qual o outro se mostra muitas vezes, precisamente e, sobretudo, como um risco. Nesse jaez, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito

¹⁴⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 208.

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2002. p. 27-29.

¹⁴⁹ SANTANA, Heron José de. Meio ambiente e reforma tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 33. 2004. p. 9.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 133.

¹⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 40-41.

Penal, devem oferecer uma resposta, de modo que a solução para a insegurança não se busca em seu *lugar natural* – o direito de polícia –, senão no direito penal. Daí afirmar que:

[...] ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, a angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se vêem às vezes tachadas de excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização”.

Acentua ainda que, em uma sociedade que carece de consenso sobre valores positivos, parece que corresponde ao Direito Penal *malgré lui* a missão fundamental de gerar consenso e reforçar a comunidade. Não obstante Silva Sanchez¹⁵² afirma:

[...] nos vemos, pois, diante de um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. Em outras palavras, como se indicava supra, um modelo social em que, na ponderação prévia ao estabelecimento da fronteira entre risco permitido e risco desaprovado, a liberdade de ação cede claramente ante a liberdade de não padecer.

Como bem observa Alessandra Prado¹⁵³,

Sem dúvida, o direito é um dos instrumentos necessários para regular situações de risco e de dano que são criadas a cada dia em prol do desenvolvimento econômico, científico ou tecnológico. E, para tanto, haverá de restringir a esfera de liberdade, de realização de certas atividades. O reconhecimento de novos direitos (com ao meio ambiente sadio) implicará sempre alguma restrição àqueles já assegurados ao menos formalmente.

No entanto, não são poucos os doutrinadores que se opõem à tutela penal do meio ambiente sob os mais variados fundamentos, a exemplo de Luiz Flávio Gomes e Guillermo Yacobucci. Isso porque, a partir de então, começa-se a exigir do direito penal clássico uma nova feição, que para muitos representa uma autêntica desnaturaçãõ do direito penal.

Essa suposta desnaturaçãõ do direito penal se alicerça na própria essência dos bens jurídicos supra-individuais, cuja indeterminaçãõ dos sujeitos, indivisibilidade do objeto, a litigiosidade interna e tendência à transiçãõ e mutaçãõ no tempo lhe são características¹⁵⁴. Tais características confrontam diretamente com os alicerces inerentes ao direito penal clássico da culpabilidade, da individualizaçãõ da pena e da taxatividade.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2002. p. 44.

¹⁵³ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**. 2006. p. 163

¹⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 79. Segundo o autor, a indeterminaçãõ dos sujeitos ocorre uma vez que certa lesãõ a esse bem é distribuída a um número indefinido de pessoas; a indivisibilidade do objeto se dá em face da uniformidade de conteúdo o que faz do bem insuscetível de divisãõ; a litigiosidade interna que tem por causa remota verdadeiras escolhas políticas; e a tendência à transiçãõ em razãõ de sua vinculaçãõ às contingências.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁵⁵, “para combater a ‘criminalidade moderna’, o direito penal da culpabilidade seria absolutamente inoperante, e alguns de seus princípios fundamentais estariam completamente superados”.

Assim, uma vez que o direito penal da globalização concentra-se na delinquência econômica ou organizada e em modalidades delitivas conexas, faz-se necessária uma mudança significativa quanto ao delito que serve de referência à construção dogmática. Por isso, Silva Sánchez propõe duas alternativas: o direito penal de duas velocidades, marcado pela renúncia à teoria do delito como teoria geral e uniforme do ilícito penal, ou a modificação das regras pelas quais vem sendo regida com a conseqüente desativação do sistema de regras já configurado.

Desse modo, a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional, implica, necessariamente, numa flexibilização de categorias e relativização de princípios a abonar a tendência geral no sentido de expansão, porquanto a percepção crítica do processo de expansão do direito penal não resulta em absoluto incompatível com a sua defesa de um modelo funcional.

Assim, essa expansão do direito penal na pós-modernidade pode manifestar-se seja por intermédio da flexibilização dos princípios político-criminais ou das regras de imputação, seja por meio da modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais, visando propiciar uma transição rápida do modelo *delito de lesão de bens individuais* ao modelo *delito de perigo* (presumido) para bens supra-individuais. Nesse sentido ressalta Silva Sánchez¹⁵⁶:

A proteção penal do meio ambiente é um dos exemplos mais claros dessa tendência. Com efeito, poucos negarão que a proteção do meio ambiente deve constituir um dos princípios organizacionais fundamentais da nossa civilização, senão o básico. Certamente, o meio ambiente constitui por antonomásia o ‘contexto’ de bens pessoais do máximo valor.

Exatamente contra essa *flexibilização* de princípios políticos criminais é que se manifestam Luiz Flávio Gomes e Guillermo Jorge Yacobucci¹⁵⁷, para quem o *moderno* direito penal – hipertrofiado e instrumentalizado direito penal – consolida-se e acentua-se em uma série de transformações e agressões aos princípios fundamentais da justiça penal como o da intervenção mínima (fragmentariedade e subsidiariedade), legalidade, culpabilidade,

¹⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: (Coord.) Luiz Flávio Gomes. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisionais e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 65. (Coleção temas atuais de direito criminal)

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2002. p. 112-113.

¹⁵⁷ GOMES, Luiz Flavio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série as ciências criminais no século XXI). v. 13. p. 23.

necessidade, proteção preponderante de bens individuais, danosidade real da conduta (ofensividade).

Para o autor, o direito penal sem as garantias e elementos típicos do direito penal liberal, vem produzindo uma verdadeira discrasia, isto é, vem se desviando dos conceitos originais e fundamentadores da intervenção punitiva, para adotar conceitos desestruturadores e anômalos, que modulam o chamado direito *simbólico* ou *retórico*.

Esse direito penal simbólico encontra respaldo na utilização da norma sob a concepção de prevenção geral positiva, no sentido de fonte geradora de valores sociais, que por sua vez escapa a função *prima facie* do direito penal. Segundo Garcia-Pablos de Molina¹⁵⁸, tal função ético-social do direito não seria nada mais do que a manifestação da função promocional do direito, que propõe que o direito penal seja a alavanca de mudança social moral da sociedade. Fere-se, segundo o mesmo autor, a natureza subsidiária do direito penal, bem como o princípio da intervenção mínima.

Nesse sentido, também Marcelo Neves¹⁵⁹ atribui à função promocional do direito penal a nomenclatura de *legislação álibe*, eis que decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais, ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador, destinando-se, portanto, a criar uma imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normatizar as respectivas relações sociais.

De forma semelhante manifesta-se Márcia Elayne Moraes¹⁶⁰, para quem o Direito parece estar sendo chamado a resolver questões advindas de novas necessidades para as quais ele não pode, em tese, dar resposta, utilizando-se apenas de meios tradicionais do Direito Penal clássico, conquanto se saiba que o mesmo já vinha encontrando internamente problemas de legitimação e eficácia, de modo que todos esses problemas vêm como que diluindo as fronteiras do Direito Penal, as quais nada mais são que seus princípios basilares que lhe dão fundamento. Na verdade espera-se que ele preveja o imprevisível¹⁶¹.

Para Guillermo e Yacobucci¹⁶², “[...] assistimos à crise de um modelo de direito penal, que não implica seu desaparecimento, senão a transformação do modo de entendê-lo, explicá-

¹⁵⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal**: introdución. Madri: Universidad Complutense, 1995. p. 49-51.

¹⁵⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 39.

¹⁶⁰ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco**. 2004. p. 167.

¹⁶¹ Manifesta-se no mesmo sentido FERNANDEZ, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal**: Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001. p. 167.

¹⁶² GOMES, Luiz Flavio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série as ciências criminais no século XXI). v. 13. p. 42-43.

lo e legitimá-lo”. Isso porque, outrora a estrutura básica do direito penal constituía-se a partir de relações de subordinação, a expressar as exigências de respeito a uma autoridade política legitimada por títulos de legalidade ou racionalidade e, portanto, direcionado à proteção dos direitos subjetivos individuais.

Nesse contexto, o direito penal aparecia fortemente formalizado e destinado à tutela de bens jurídicos, cuja noção passou a constituir o valor central de justificação da normatividade penal, que se tornou expressa por meio do princípio da legalidade penal. Como conseqüência surgiu a necessidade de que a lei penal contivesse de forma determinada a conduta reprovada e a resposta sancionadora.

Todavia, tal característica inerente ao direito penal clássico sofreu grandes e significativas mudanças cujas implicações repercutiram, inclusive, na noção de bem jurídico penal. Para o autor, o direito penal de hoje põe em crise a importância desse conceito por meio de duas diferentes situações, de um lado as necessidades de política criminal e expansão do direito penal têm feito perder certeza, concreção e personalização da idéia do bem jurídico, de outro lado teorias funcionalistas têm posto em dúvida a operatividade do conceito de bem jurídico tal como foi entendida pelo direito penal tradicional.

Segundo Hassemer¹⁶³, ao se acabar com a estrutura que legitima o direito penal, ocorre o rompimento com os princípios básicos, e o ordenamento penal torna-se mero instrumento da segurança pública, com sua responsabilidade objetiva rompendo com a culpabilidade. Não só com a culpabilidade, mas segundo Luiz Flavio Gomes e Guillermo Jorge Yacobucci¹⁶⁴, também com a legalidade penal:

Essa nova realidade repercute na consideração das exigências do princípio da legalidade penal. Assim é possível verificar um considerável aumento nas leis penais em branco, proporcional ao avanço do direito penal nos campos da economia, da regulação do mercado bancário e financeiro, do meio ambiente e da saúde pública. [...] Ademais, as novas técnicas de legislação têm tornado problemática a proibição da analogia, visto que o legislador se vale de analogias intratípicas ou mesmo da enumeração de características que deve completar o juiz diante do caso concreto. Dessa forma a taxatividade (certeza) se relativiza. Por outro lado, o maior uso de elementos normativos e valorativos também conduz a colocar em dúvida a certeza da lei penal, deixando na mão do juiz o complemento final.

Com relação ainda às implicações das mudanças no direito penal moderno à noção de bem jurídico, acentuam Luiz Flavio Gomes e Guillermo Jorge Yacobucci¹⁶⁵:

¹⁶³ HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 2.

¹⁶⁴ GOMES, Luiz Flavio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série as ciências criminais no século XXI). v. 13. p. 43.

¹⁶⁵ *Ibid.* p. 75.

Na prática o conceito de bem jurídico perdeu paulatinamente essa capacidade limitadora ou garantidora dentro do direito penal, porquanto as normas penais assumem objetos difusos, interesses comunitários de amplo espectro e modos de organização e planejamento institucional. A política criminal não parece na prática sentir-se limitada pelas exigências ontológicas – objetivas e universais – da noção de bem jurídico, já que formou nos últimos anos um catálogo extenso de delitos que se ordenam à proteção ou realização de objetivos pouco tangíveis e à repressão antecipada de condutas em que não se apreça claramente a lesão e que termina por converter os tipos penais de perigo abstrato em um instrumento relativamente habitual.

Na mesma esteira de entendimento posiciona-se Renato Silveira¹⁶⁶, segundo o qual muito melhor, ainda que utópica, seria a substituição penal por uma real política ambiental, com vistas a uma mais coerente intervenção estatal no campo do meio ambiente. Mostrando-se, assim, questionável a abrangência penal dessa intervenção, dada sua mínima eficácia, aliado ao fato de que as próprias características reitoras do bem jurídico mostram-se favoráveis à aceitação do direito de intervenção, tal como proposto por Hassemer.

Com efeito, diferentemente de Silva Sánchez, Hassemer¹⁶⁷ afirma que quanto mais direito penal do ambiente, menos proteção ambiental, pois se estará contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente. Assim, adverte:

É minha opinião que não devemos continuar a insistir na mesma receita, ou seja, que não precisamos de *more of the same*, para utilizar uma expressão que é cara aos criminólogos ingleses. O direito penal, considerando o seu papel no tocante a política ambiental, tem-se revelado amplamente contraproducente.

Com relação ao direito penal moderno, Hassemer¹⁶⁸ pondera que:

[...] la política criminal “moderna” está caracterizada con claridad. No opera, como hasta algún tiempo, con la desincriminación y la atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las penas. Se concentra en los tipos y amenazas penales y no en las consecuencias del derecho penal. Ocupa los campos que hoy constituyen centros de riesgo en la percepción pública; medio ambiente, economía, impuestos [...]. No se orienta ya a los bienes jurídicos clásicos concretos del individuo (vida, salud, libertad, etc.), sino a bienes jurídicos de la generalidad, que además describe en forma tan amplia y vaga que se puede justificar con ellos cualquier amenaza penal [...] Instrumentaliza la protección de estos bienes jurídicos no a través del tipo de delitos de dano o lesión (entre cuyos presupuestos de punibilidad está la comprobación de un daño concreto y su causación por el imputado), sino por medio de los delitos de peligro (generalmente abstracto), para los cuales es suficiente con la comprobación de una acción (que el legislador há prohibido como peligrosa).

¹⁶⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Ciência do direito penal contemporânea). v. 3. p. 141.

¹⁶⁷ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 6, n. 22, abr/jun. 1998. p. 28. Para o autor, “[...] quanto mais ampliamos e agravamos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a producir efeitos contrários aos pretendidos”.

¹⁶⁸ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradução Patrícia S. Ziffer. Colômbia: Universidad de Externado de Colômbia, 1998. p. 54.

Assim, afirma o autor que a política criminal moderna se assenta em tipos de ameaça e não em conseqüências do direito penal, ocupando os campos dos riscos na percepção pública, tais como os riscos acometidos ao meio ambiente. Desse modo, caracteriza-se o direito penal de hoje por uma orientação de defesa de bens jurídicos difusos, de forma tão ampla e vaga que se pode justificar com eles qualquer ameaça penal, sem que haja necessariamente a lesão ou o perigo concreto de lesão.

Klaus Tiedmann¹⁶⁹ também dá mostras da complexidade e do problema da técnica aplicada ao direito penal moderno para lidar com seu avanço, eis que a comum utilização de norma penal em branco implica no fato de que as decisões penais serão tomadas com base em critérios puramente administrativos.

Segundo Hassemer¹⁷⁰, essa política tem como fundamento a idéia de que o direito penal é um instrumento normativamente aceitável e realmente efetivo de condução, um meio a mais de política interna. Essa idéia se afasta das tradicionais discrições de objetivos em que o direito penal deve proporcionar proteção jurídica e garantir liberdades justamente para quem viola o direito. Ratifica, ainda, o entendimento de que em uma perspectiva política, o direito penal somente pode ser utilizado de forma subsidiária, e deve limitar-se a umas poucas lesões especialmente graves.

Acrescenta que, na atualidade, a política criminal percebe plenamente esses problemas, mas não os responde tomando consciência de que um direito penal fiel aos seus princípios não pode cumprir com as funções que se lhe atribuem de repressão e condução eficiente da violência. Assim, assume a decisão de afrouxar a força vinculante desses princípios do direito penal, reduzindo ao mínimo os pressupostos de punibilidade por meio da ampla utilização dos delitos de perigo abstrato e facilitando os pressupostos da imputação ou agravando os meios de coação.

Hassemer¹⁷¹ menciona as quatro razões que o levam a desconsiderar que o direito penal é adequado para tratar da tutela ambiental. A primeira razão consiste na acessoriedade administrativa atribuída ao direito penal, eis que esse se transformou num instrumento auxiliar da administração, passando a depender, para a demarcação de suas fronteiras, da intervenção da Administração; a segunda recai na imputação da responsabilidade criminal, uma vez que

¹⁶⁹ TIEDMANN, Klaus. **Lecciones de derecho penal econômico**: comunitário, español, alemán. Barcelona: PPU, 1993. p. 174-175.

¹⁷⁰ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. 1998. p. 54-56.

¹⁷¹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 6, n. 22, abr/jun. 1998. p. 29-33. O autor afirmar categoricamente: “A minha oposição ao direito penal do ambiente, é bom que fique aqui registrado, não pode ser confundida com qualquer menosprezo pelo ambiente ou pela ecologia, muito pelo contrário”.

considera a imputação de responsabilidades individuais imprescindível no direito penal; a terceira consiste no reconhecimento de que os fins das penas não são atingíveis, porque considera a prevenção geral positiva ilusória; e a quarta consiste no caráter simbólico manifesto no direito penal do ambiente, em razão de sua inutilidade para a proteção efetiva de bens jurídicos, por obedecer a propósitos de pura jactância da classe política.

Márcia Elayne Moraes¹⁷², por sua vez, identifica que a problemática situa-se na incompatibilidade entre o direito penal moderno e as recentes formas de se lidar com novas situações. Afinal, não se deve esquecer que Beck parte da premissa (dezenoviana) de controle, a qual, na prática, nunca existiu, defendendo quase que um direito de sujeitos possuírem o conhecimento das conseqüências relativas a seus atos, mantendo viva, mesmo que de maneira forjada, a lei de *causa e efeito*.

Para Hassemer, a conseqüência desse processo, por certo, como já se pode ver, não é que o sistema penal assim equipado encontre condições de cumprir suas novas funções, mas que esses âmbitos de direito penal *eficiente* estejam permanentemente acompanhados de *déficit de execução* específicos.

Disso se seguem duas coisas: o intento de minimizar esses déficits com mais agravações, e um âmbito crescente de efeitos meramente simbólicos do direito penal, eis que não se podem esperar os efeitos reais e consolidados, conquanto sirva, ao menos, para que o legislador obtenha o rendimento político de haver respondido com celeridade aos medos e grandes perturbações sociais com severos meios de direito penal.

Nesse diapasão, Hassemer¹⁷³ acentua:

[...] hay que preguntarse si un derecho penal disponible y politicamente funcionalizado aún puede conservar el lugar que debe tener dentro del sistema total de control social. [...]. O derecho penal no puede sobrevivir como un instrumento estatal de solución de problemas más o menos idôneo entre otros más.

Fernández Carrasquilla¹⁷⁴ reforça a idéia de natureza fragmentária do direito penal, oferecendo alicerces para a corrente que se opõe a utilização do direito penal, fora dos moldes do direito penal clássico, na defesa dos bens jurídicos supra-individuais. Nesse sentido assevera:

Por su extrema severidad, los recursos punitivos no están disponibles – en el regimen de un Estado republicano o sócioliberal de derecho – para el control de

¹⁷² MORAES, Márcia Elayne Berbich. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco**. 2004. p. 143.

¹⁷³ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. 1998. p. 33.

¹⁷⁴ CARRASQUILLA, Fernadéz. **Concepto y imites del derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992. p. 44.

cualquier conflicto social, ni tampoco para la represión de bagatelas. Por el contrario, esos recursos han de estar limitados: a) a los atentados contra los bienes jurídicos primarios o fundamentales de la vida social; y b) a las formas más graves de dichos atentados

Acentua ainda o caráter subsidiário do direito penal, ressaltando que somente quando insuficientes os demais recursos sancionatórios dos outros ramos do direito é que poderá o direito penal *entrar em ação*, pois do contrário, o excesso de direito penal resultará num comprometimento da democracia, dando lugar à violência institucional. Assim, preleciona¹⁷⁵:

El derecho penal debe entrar en acción únicamente cuando fallan o aparecen claramente como insuficiente los recursos sancionatorios de las otras ramas del derecho. Si para resolver in conflicto social es suficiente con los recursos del derecho civil (reparación) o administrativo (multa), acudir a la pena criminal resulta de modo manifesto innecesario y por ende antidemocrático. Esto es además lo económico y racional en cualquier esfera de la vida humana, en la que para resolver un problema determinado se acudirá primero a los medios menos costosos y solo en subsidio de estos a los demás, que suelen ser también los más fuertes. De no hacerse así, resulta en la comunidad un exceso de derecho penal, esto es, de represión, que como tal compromete gravemente la democracia y da lugar a una reprobable modalidad de violencia institucional.

Tal entendimento, porém, não se mostra o mais acertado ante as novas nuances típicas da sociedade pós-moderna ou de risco, na medida em que se exigir a *pureza* do direito penal, tal como concebido na visão clássica ou liberal, significaria desprezar o preceito constitucional que erige, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental, bem como no desprezo à inadiável tutela dos elementos que a compõe contra as ameaças surgidas a partir da nova dinâmica do consumo de massa e das conseqüências mundializadas dos danos por ela provocados.

A aceitação da tipificação penal de perigo, ainda que abstrato, corrobora com a pretensão do constituinte em fazer efetivo o princípio constitucional da precaução/prevenção por meio da antecipação da tutela penal, conquanto não se possa esquecer a inevitável atipicidade da conduta quando comprovada a absoluta inoccorrência do perigo no caso concreto para o bem jurídico, eis que a presunção da existência do perigo é *juris tantum* e não *juris et de jure*¹⁷⁶. Afinal, os danos ambientais, uma vez ocorridos, são, via de regra, irreparáveis.

Segundo Silva Sánchez¹⁷⁷, os resultados na sociedade pós-industrial se produzem em muitos casos em longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a

¹⁷⁵ CARRASQUILLA, Fernadéz. **Concepto y imites del derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992. p. 51.

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental: problemas fundamentais**. 1992. p. 77.

¹⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2002. p. 31.

relação causa-efeito, uma vez que os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Por tal razão, justifica-se o recurso cada vez mais freqüente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata e formalista, em termos de perigo presumido.

Figueiredo Dias¹⁷⁸, em que pese não negar a necessária incursão da norma penal em sede da tutela dos bens ambientais, se opõe ferrenhamente à função promocional anteriormente descrita, no qual o direito penal tem abertamente de se assumir como instrumento de governo da sociedade de risco e como meio propulsor de colocar e alcançar as finalidades de governo, como no caso do tratamento dado às agressões ao meio ambiente.

Segundo ele, uma análise histórica equilibrada e livre de preconceitos conduzirá antes, provavelmente, à conclusão de que a sociedade será sempre uma sociedade de risco, motivo pelo qual não há razão para o crescimento exponencial de proteções antecipadas de bens jurídicos.

Desse modo, a atribuição ao direito penal de uma função de prevenção de riscos imagináveis, mas ainda não concretizados, deve ser cometida a meios não-penais de política social, pois o direito penal não é, nem deve se tornar, um direito de prevenção de riscos futuros, abstratos, longínquos e de promoção de finalidades específicas de política estatal.

Nesse sentido também se manifesta Mir Puig¹⁷⁹ ao destacar que não se questiona a proteção jurídica ao interesse ambiental, mas se indaga acerca da ampliação do direito penal. Pois, segundo Márcia Elayne de Moraes¹⁸⁰, “[...] a implantação de normas penais para solução das degradações ambientais pode não resolver o problema como se imagina”.

Noutro escrito, Figueiredo Dias¹⁸¹ assevera que a questão do papel do direito penal na proteção das gerações futuras põe em causa os fundamentos e a legitimação da intervenção penal e a idoneidade de seus instrumentos. Isso porque, não se pode esquecer que a pós-modernidade trouxe consigo um incremento nos riscos globais, provocando um choque antropológico brutal, devido ao colapso iminente dos instrumentos técnico-institucionais de segurança, a ensejar o surgimento de uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política.

¹⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 71-74.

¹⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 157.

¹⁸⁰ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco**. 2004. p. 38.

¹⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – volume comemorativo, n. 75. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003. p. 45-46.

Assim, conquanto reconheça que em causa está a própria subsistência da vida no planeta e de que é preciso, se se quiser oferecer uma chance razoável às gerações vindouras, que a humanidade se torne sujeito comum da responsabilidade pela vida, Figueiredo Dias¹⁸² demonstra sua preferência mediante a seguinte afirmação:

[...] 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 muito menos exigente na sua individualização; de resto, como direito privado, particularmente adequado ao tratamento de questões que, na sua grande maioria, emergem do mercado e têm nele sua origem. Mas, sobretudo ao direito administrativo [...], a quem cabe por excelência, dada a sua natureza de braço executivo da própria Administração, a ponderação de milhares e milhares de situações conflitantes 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.

Sua preferência, no entanto, cede ante o inevitável reconhecimento da *menor capacidade* de sancionamento do direito civil e do direito administrativo sobre o efeito preventivo da norma editada, vindo por aniquilá-la. Assim, afirma que ao direito penal não se pode negar sua cota-parte de legitimação e responsabilidade na proteção das gerações futuras, porquanto ressalte a necessidade de se evitar a fuga à proteção fragmentária, lacunosa e subsidiária de bens jurídico-penais, para a defesa global da humanidade perante os megariscos que a ameaçam, do contrário, estar-se-ia diante de um direito penal ilegítimo, inadequado e disfuncional.

Com relação à existência de outras esferas de proteção em detrimento da penal em se tratando de delitos emergentes da pós-modernidade, Silva Sánchez¹⁸³ assevera que “[...] tais opções ou são inexistentes, ou parecem insuficientes, ou se acham desprestigiadas”, referindo-se à ética social, ao Direito Civil e ao Direito Administrativo.

Segundo o autor, as normas de 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, cuja 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. Disso conclui-se que:

[...] as sociedades modernas, nas quais durante décadas se foram demolindo os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, não parecem funcionar como

¹⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. 2003. p. 48.

¹⁸³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2002. p. 58.

instâncias autônomas de moralização, de criação de uma ética social que redunde a anomia que teorizou Durkeim.

No que diz respeito ao Direito Civil de ressarcimento por danos, é mais que discutível que ele, dada a sua tendência a objetivização da responsabilidade, possa expressar a reprovação que é necessária manifestar diante de determinados fatos¹⁸⁴. Isso porque o fato do dano estar segurado acarreta uma menor diligência do agente, e, conseqüentemente, no inevitável decréscimo da eficácia preventiva que o direito de responsabilidade civil por dano poderia ter em relação a condutas individuais danosas.

Não obstante, a tendência do modelo do seguro de configurar montantes padronizados de indenização, intensifica a perda de conteúdo valorativo da responsabilidade civil, imediatamente provocada pelo abandono da idéia de culpa. Desse modo, pode-se concluir que o direito civil não alcançaria, com o mesmo êxito do direito penal, o fim simbólico de prevenir a ocorrência do delito.

Outrossim, em que pese Luiz Flavio Gomes e Guillermo Jorge Yacobucci¹⁸⁵ defenderem a suficiência do direito Administrativo no trato das questões que envolvam a defesa dos bens ambientais, Silva Sánchez¹⁸⁶ ressalta que:

[...] o recurso ao princípio da oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos. Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies.

De fato, Silva Sánchez admite que a adoção do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, ou seja, como mecanismo de socialização, é um fardo que ele não pode carregar, principalmente, se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. Por isso, faz-se necessário uma segunda via em que se reconhece ao direito penal a tarefa de salvaguardar bens jurídicos essenciais sem, contudo, perder sua natureza subsidiária.

Aliás, o autor evidencia como característica cultural da sociedade contemporânea a expansão da imputação de responsabilidade. Expansão essa que é devida também pela ocorrência do fenômeno da identificação com a vítima, traduzido pelo sentimento de compensação, ou seja, uma vez que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse

¹⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. p. 60-61.

¹⁸⁵ GOMES, Luiz Flavio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. 2005. p. 23-24.

¹⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Op. cit. p. 53-61.

o trauma causado pelo delito, tem, ao menos, em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor. Ocorre, porém, que no cumprimento dessa dívida somente as penas de prisão e multa cumprem a desejada função simbólica.

No que se refere ao Direito Administrativo, ressalta o autor¹⁸⁷:

[...] o recurso ao princípio da oportunidade, ao que se vem somando a incontrolável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos. Desconfia-se – com maior ou menor razão, de acordo com as situações – das Administrações Públicas nas quais se verifica uma tendência a buscar, mais do que meios de proteção, cúmplices de delitos socioeconômicos de várias espécies.

Ocorre que “[...] o Direito Penal, que reagia a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais, nessa medida, está ‘administrativizado’”¹⁸⁸. Todavia com o Direito Administrativo não se confunde, eis que há uma diferenciação não apenas quantitativa, mas também qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

Para Silva Sánchez, o decisivo na referida diferenciação não é apenas a configuração do injusto, senão os critérios dentre os quais se contemplam a imputação desse injusto e as garantias de diverso signo que rodeiam a imposição de sanções ao mesmo, nisso consiste, basicamente, a diferença de ordem qualitativa entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

Não obstante, Silva Sánchez relaciona a *sociedade do risco* ao surgimento do *Estado vigilante* ou *Estado da prevenção*, atribuindo aos processos de privatização e de liberalização da economia a responsabilidade pelo incremento dessa tendência, cujo reflexo será sentido na tipificação de novas condutas.

¹⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2002. p. 61.

¹⁸⁸ *Ibid.* p. 112-113. O autor também distingue o Direito Penal e o administrativo-sancionador mediante um critério teleológico (finalidade), segundo o qual o Direito Penal persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio, ao passo que o administrativo-sancionador persegue a ordenação, de modo geral, de setores de atividade, não seguindo, por sua vez, critérios de lesividade ou periculosidade concreta, bem como não tem porque ser tão estrito na imputação. Caracteriza-se, portanto, o Direito Administrativo como reforço da ordinária gestão da administração, diferentemente do Direito Penal. No Estado de prevenção, e em determinados setores especialmente propensos à produção dos riscos importantes para bens pessoais ou patrimoniais, a prevenção comunicativa ou contrafática não parece suficiente, sem a busca do controle permanente das atividades lícitas mais perigosas. Segundo Silva Sánchez, tal reforço cognitivo está constituído pelas diversas vias de controle administrativo preventivo (por exemplo, os procedimentos de autorização ou licença), entre as quais desempenham um papel essencial de atuação preventivo-policial, de vigilância e inspeção. Ressalta, “Assim, a atuação sem licença ou a obstaculização dos procedimentos de inspeção se definem como infrações, a cuja comissão se associam sanções penais ou administrativas”.

Márcia Elayne de Moraes¹⁸⁹, todavia, tece uma crítica a esse processo de tipificação de novas condutas, na medida em que o considera, uma vez marcado pela vitimização das massas de sujeitos passivos, o grande responsável pela visível sobrecarga do direito penal, que, por sua vez, é ineficiente para lidar com a questão.

Para Silva Sánchez, o problema não é tanto a expansão do Direito Penal em geral, senão especificamente a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. É essa última que deve realmente ser contida. Desse modo, não se mostra contrário à incidência do Direito Penal às condutas lesivas a bens jurídicos supra-individuais, a exemplo do meio ambiente, mas a perda da noção de um Direito Penal funcional.

Consiste, portanto, o ponto-chave da questão, em admitir essa graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório assumido por esse. Isso implica diretamente na flexibilização da concepção clássica do Direito Penal, sem, contudo, promover sua desnaturação.

Nesse sentido, propõe Hassemer¹⁹⁰ um Direito Penal de Intervenção com orientação estritamente preventiva, eis que inaplicáveis a reprovação pessoal e a imposição de penas privativas de liberdade. Assim preleciona:

Para combater as formas modernas de causação de danos, se deveria pensar na construção de um sistema jurídico, que tivesse elementos absolutamente penais (poenale), mas que estivesse orientado em termos estritamente preventivos e, em todo caso, renunciasse a reprovação pessoal e a imposição de penas privativas de liberdade. Uma classe de Direito de Intervenção assim configurada poderia interar formas de imputação coletiva.

Todavia, com relação à proposta de Hassemer, Silva Sánchez¹⁹¹ afirma:

Na minha opinião, contudo, e aparentemente ao contrário da proposta do “Direito da Intervenção”, não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando – isso sim – as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão. A opção político-jurídica pelo Direito Penal, continua tendo, com efeito, vantagens relevantes, não vinculadas necessariamente a dureza fática da sanção. Diante do Direito civil compensatório, o Direito Penal aporta dimensão sancionatória, assim como a força do mecanismo público de persecução de infrações, algo que lhe atribui uma dimensão comunicativa superior, inclusive de modo independente da conexão ético-social tradicionalmente inerente a todos os seus ilícitos. Comparativamente ao Direito Administrativo, e portanto dentro do âmbito do sancionatório, o Direito

¹⁸⁹ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco**. 2004. p. 154

¹⁹⁰ HASSEMER *apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século 21). v. 1. p. 140.

¹⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. p. 141-142.

Penal aporta sua maior neutralidade no que diz respeito à política, assim como a imparcialidade própria do jurisdicional. Isso torna mais difícil para o infrator a utilização das técnicas de neutralização do juízo de desvalor (reprovações de parcialidade, politização) de que aquele se serve com frequência diante da atividade sancionadora das administrações públicas.

Como se pode notar, de certo modo, tanto Hassemer quanto Silva Sánchez defendem a incursão do Direito Penal em matéria de delitos típicos da pós-modernidade, tais como os delitos cibernéticos, contra o meio ambiente e outros, eis que possuidor de uma dimensão sancionatória diversa do Direito Civil e Administrativo, o que lhe confere maior dimensão comunicativa.

Todavia, diferentemente de Silva Sánchez, Hassemer¹⁹² considera que somente uma parte muito substancial dos atentados correntes contra o meio ambiente deverá incumbir ao direito penal (direito penal nuclear), porquanto afirma que para começar é preciso libertar o direito penal de tarefas preventivas, para as quais não está vocacionado, e extirpar tudo aquilo que só possa ser conseguido com apelo para a acessoriedade administrativa. Assim, propõe o surgimento de um novo ramo de direito: o direito de intervenção ou o *direito administrativo sancionador*, situando-se esse entre o direito penal e o direito administrativo¹⁹³.

Silva Sánchez¹⁹⁴, por sua vez propõe uma configuração dualista do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis, o que denominaria de “Direito Penal de duas velocidades”. Isso porque,

Uma primeira velocidade, representada por um Direito Penal ‘da prisão’, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção.

Com relação à legitimidade do direito penal na tutela dos bens jurídicos supra-individuais, mais notadamente a tutela dos bens ambientais, Schünemann¹⁹⁵ entende que na sociedade secularizada, o direito penal não tem seu fim e sentido na retribuição da culpabilidade segundo o sentido de uma justiça divina, mas sim na necessidade de proteger os bens jurídicos tais como a proteção das condições que ofereçam uma vida prospera ao indivíduo e a coletividade.

¹⁹² HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. 1998. p. 29-33.

¹⁹³ HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. 1993. p. 87-88.

¹⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2002. p. 148.

¹⁹⁵ SCHUNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. In: **Libro homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad da Venezuela, 1998. p. 348.

Por tal razão, há de afirmar-se, sem vacilar, como a função mais importante da política criminal moderna a outorga à proteção do meio ambiente no lugar que merece na ordem dos bens jurídicos, qual seja, o lugar central.

Assim, a determinação do limite da antijuridicidade do consumo de bens ecológicos nunca poderá ser levada a cabo segundo um padrão de proibição categórica, mas se assemelha a uma negociação de um contrato coletivo, na qual a parte dominante – consumidores do meio ambiente – é que devem decidir o que está disposto a conceder aos demais¹⁹⁶.

Segundo o mesmo autor, não se pode esquecer da necessária intervenção do Estado na proteção de bens ecológicos, ante a evidente falta de utilidade do sistema econômico e ético-social para a solução desse problema, conquanto questione se de fato é o direito penal o instrumento mais adequado para fazê-lo.

Nessa perspectiva, ressalta que a ameaça ecológica global constitui um motivo a mais para revisar de um modo geral a concepção tradicional dos conteúdos do contrato social, assim como o conceito do Estado que descansa nesse, e dos bens jurídicos pré-estatais e supra-estatais, porque a garantia constitucional que protege a esfera de liberdade dos indivíduos vivos deve formular-se com a proteção prioritária dos interesses vitais das gerações futuras.

Segundo essa visão, rechaça-se tanto a teoria da dupla via proposta por Silva Sánchez, como a teoria da acessoriedade do direito penal à administração proposta por Hassemer, e seus discípulos, à intervenção do direito penal no âmbito de proteção do meio ambiente. Isso porque¹⁹⁷:

Como una forma encanzada y concebida a largo plazo de la legítima defensa de la sociedad contra amenazas elementales, el derecho penal tiene su lugar más indicado en la defensa de las bases de subsistencia, no sólo de la sociedad actual, sino también de la sociedad futura.

Contudo, salienta que somente se a natureza delitiva dos danos ao meio ambiente for caracterizada claramente mediante sua integração no direito penal, e se se encontrar com sanções que se impõem ao destruidor do meio ambiente socialmente influente e de cálculo racional, então se poderá abordar com certo êxito a enorme tarefa de reestruturação ecológica da sociedade industrial. Do contrário, considera ingênua a idéia de poder iniciar uma mudança de consciência em toda a sociedade precisamente pr meio da descriminalização. Desse modo pontua:

¹⁹⁶ SCHUNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. In: **Libro homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad da Venezuela, 1998. p. 352-370.

¹⁹⁷ *Ibid.* p. 369.

La vieja pregunta acerca de quién vigila a los vigilantes quisiera respondera muy brevemente con las siguientes palabras: naturalmente, el derecho penal. Y para llevar esta afirmación un poco más al extremo: ¿Dónde podría ser más necesario el derecho penal que en la protección del medio ambiente y, con ello, en la protección de las condiciones para que todos los demás bienes jurídicos puedan sobrevivir y prosperar?

Nessa esteira de entendimento, pode-se afirmar a legitimidade do direito penal na tutela dos bens jurídicos supra-individuais, notadamente do meio ambiente, do qual a água potável destaca-se como elemento indissociável e indispensável ao seu equilíbrio e sua própria existência. No entanto, vislumbra-se a incompatibilidade do direito penal em sua concepção clássica com os fenômenos da sociedade de risco.

Para Marta Machado¹⁹⁸, a consequente ampliação do sistema penal passa a exigir dele não uma função minimalista de tutela de alguns bens jurídicos, mas uma função promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária, uma função de garantidor das gerações futuras e de regulamentador de uma série de temas, principalmente os ligados ao meio ambiente. Nesse jaez, afirma:

Analisando-se as conexões entre os fenômenos da sociedade do risco e o *modus operandi* do direito penal moderno, é possível destacar uma série de questionamentos e ponto de pressão. A começar pelo fato de que o caráter global dos riscos impõe sérias dificuldades à organização Estatal-nacional do aparato penal. Em seguida, vê-se a incompatibilidade havida entre riscos que ameaçam grupos indeterminados e o aparato penal que tutela bens jurídicos individuais e tangíveis. Também soa desconforme a existência, de um lado, de riscos que têm origem em agentes difusos e causas indeterminadas, originados de condutas massivamente praticadas ou decorrentes de acidentes em organizações complexas e, de outro, uma racionalidade calcada na individualização de responsabilidades e na autoria singular, com critérios rígidos de aferição da causalidade, do dolo, da negligência, do erro, da consciência do ilícito e dos demais elementos que antecedem a imputação. Saliente-se, ainda, que os pressupostos subjetivos do ilícito revelam-se inconciliáveis com a idéia de que os riscos teriam emergido como efeitos colaterais imprevisíveis de ações positivamente valoradas.

Tem-se, portanto, que o sistema punitivo baseado nos princípios da taxatividade, da subsidiariedade, da proteção de bens jurídicos individuais, da lesividade da imputação individual, da presunção de inocência e outras tantas garantias penais, apresenta limitações em se tratando de combate a macrocriminalidade surgida com a sociedade de risco.

Todavia, não se pode utilizar esse fundamento para deslegitimar a atuação do direito penal na defesa dos bens supra-individuais, ao contrário, deve-se, antes de qualquer coisa, buscar-se aperfeiçoar esse instrumento de tutela ante os novos fatos e os novos riscos que se agigantam a cada dia.

¹⁹⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências políticos criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 96.

Acertada e digna de nota a lição de Alessandra Prado¹⁹⁹, para quem o direito administrativo, além de multa, impõe várias outras sanções às pessoas jurídicas e físicas que podem ser até mais eficazes, porém, às vezes são insuficientes no combate a graves lesões do contra o meio ambiente. Sob esse fundamento, justifica-se o apelo à tutela penal, desde que não seja para fazer remendos aos vazios da legislação administrativa, ou seja, para simplesmente encobrir a falta ou a deficiência de políticas administrativas a respeito ou a falta de aplicação de suas sanções.

Nesse jaez, acrescenta Luciano Figueiredo²⁰⁰:

Mesmo o Poder de Polícia exercido pelo Direito Administrativo, malgrado de fundamental importância para o contexto de combate aos riscos pós-modernos, não detêm a força estabilizadora da ciência penal. A força sancionadora do Direito Penal é necessária socialmente, desde que utilizada como *ultima ratio*, soldado de reserva, fonte subsidiária em relação aos demais ramos, principalmente civil e administrativo.

Tem-se, portanto, que a proteção penal deverá recair sobre um bem jurídico fundamental, se a utilização, hipotética ou real, de todos os meios jurídicos não for suficiente para alcançar a defesa do bem, ainda assim com referências a algumas lesões mais graves. Nesses casos, poderá, excepcionalmente, o legislador adiantar-se na incriminação dos fatos danosos para os quais não se haja encontrado solução adequada em outras áreas extrapenais.

Desse modo, a proteção ao meio ambiente deve ser regulada precipuamente por normas e instituições de direito administrativo. Todavia, a disciplina penal, subsidiária deve manter sua autonomia na construção do injusto penal, utilizando-se da norma administrativa como complemento e não como principal instrumento ou motivadora de sua incidência, em decorrência da importância do bem jurídico e das necessidades demonstradas.

Segundo Alessandra Prado²⁰¹, é preciso procurar um equilíbrio entre a função utilitarista do direito penal – que visa influir efetiva, direta e imediatamente sobre os comportamentos, prevenindo e reprimindo delitos mediante o cumprimento das normas jurídico-penais – e a função simbólica – que cria uma expectativa normativa de proteção do bem jurídico expressando juízos de desaprovação e reprovação de determinados comportamentos. Assim, tem-se que:

¹⁹⁹ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 89.

²⁰⁰ FIGUEIREDO, Luciano L. O papel do direito penal na sociedade pós-industrial: um estudo acerca do bem jurídico. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito Universidade Federal da Bahia**, n. 14, 2007. p. 341.

²⁰¹ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Op. cit. p. 89-90.

[...] a tutela administrativa tem seu âmbito de eficiência, mas não pode esgotar em si mesma a proteção do Estado ao meio ambiente, seja pela gravidade da ofensa que não se satisfaz com a providência de caráter extrapenal, seja pela insubordinação do autor que não conforma seu comportamento ao ordenamento jurídico.

Assim sendo, diferentemente da posição de muitos renomados juristas, faz-se mister ressaltar a importância da tutela penal do ambiente e o reconhecimento de seus elementos constituintes como autênticos bens jurídicos penais. Dessa forma, não se há que falar no fim do direito penal, tampouco em sua descaracterização ou desfuncionalização, mas na adoção de um novo paradigma, baseado na rejeição do modelo do direito penal de resultados e calcado na repressão *pos facto*, tendo em vista a defesa da vida, da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, alicerces do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 O MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO MERECEDOR DE TUTELA PENAL

Diante das complexas relações estabelecidas entre os indivíduos e das necessidades que lhe são inerentes, é inevitável a ocorrência de conflitos. Nesse sentido, o Direito desponta como autêntico ordenador da sociedade. Na visão de Secco²⁰², é por meio do Direito que esses conflitos de interesse são equacionados e solucionados, cabendo ao ordenamento jurídico o restabelecimento da harmonia.

É própria da natureza humana a busca pela satisfação de numerosas necessidades, que, por sua vez, ocorre por meio de bens. Assim, agem as diversas necessidades vitais como verdadeiro *suporte antropológico* dos direitos humanos, eis que detentoras de poder normativo na medida em que é capaz de impor-se como indiscutível.

Não restam dúvidas de que ao falar-se em direito à vida, por exemplo, estar-se-á falando de um direito que se sobrepõe aos demais. Para Gamil Föppel²⁰³, desponta o direito à vida humana como o bem jurídico penal mais importante, e aquele que tradicionalmente sempre mereceu proteção por parte do direito, não somente do direito punitivo. Nesse jaez, afirma que se trata, em verdade, do direito-mor, que viabiliza a realização de todos os demais direitos, sem o que se perderia a necessidade de haver um ordenamento jurídico minimamente organizado.

²⁰² SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998. p. 5.

²⁰³ FOPPEL, Gamil. Direito à vida. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 178.

Nesse contexto, não se poderia deixar de explicitar o posicionamento de Franz Hinkelammert²⁰⁴, para quem:

Não há vida corporal sem uma ética desta vida porque, espontaneamente, a vida corporal tende a destruir suas próprias condições de possibilidade. Esta ética, que nasce da vida corporal, consiste na harmonização das exigências do corpo (instintos do corpo) para que a vida de todos e de cada um possa ser assegurada.

Segundo o mesmo autor, não se trata de um mero cálculo de utilidades, mas de formulação de condições de possibilidade da vida corporal que, uma vez inscritas em normas, que são sempre provisórias, formam os limites à liberdade do homem, pois esse será livre na medida em que alcançar a satisfação de suas necessidades de tal maneira que as condições de possibilidade da vida corporal sejam respeitadas.

Muito embora Roxin²⁰⁵ afirme que o Direito não pode exigir o heroísmo e tem que se contentar com o mínimo ético, acredita-se que nessa esfera do mínimo ético devem estar inseridos todos os direitos essenciais, ou melhor, imprescindíveis à existência do próprio ser humano, agregado ao conceito de dignidade²⁰⁶.

Assim, um bem jurídico apresenta-se como aquele cuja tutela encontra-se prevista no direito com vista à satisfação de uma necessidade humana. Nesse sentido, quanto maior for a gravidade da ação ou a natureza do bem jurídico ferido, maior poderá ser a ingerência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo a fim de tornar invioláveis os bens que protege.

Conforme salienta Luiz Prado²⁰⁷, o direito penal refere-se (numa visão material do direito penal) a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social e com função primordial radicada na proteção de bens especialmente relevantes. Daí dizer-se que “[...] somente os bens jurídicos fundamentais devem ser objeto de atenção do legislador penal”²⁰⁸.

Von Litz²⁰⁹ considerava os chamados interesses vitais contidos na noção de bem jurídico não somente produtos da ordem jurídica, mas da própria experiência humana e dotada de conteúdo substancial, ou seja, como condição de vida da sociedade. Não se trata tão-somente

²⁰⁴ HINKELAMMERT, Franz J. **As armas ideológicas da morte**. São Paulo: Paulinas, 1983. p. 440.

²⁰⁵ ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do congresso de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro.

²⁰⁶ Dignidade da pessoa humana nesse texto desponta como autêntico sobreprincípio que não somente detém eficácia interna definitiva, interpretativa, bloqueadora e explicativa, como também exerce a função rearticuladora que permite a interação entre vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado.

²⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 51.

²⁰⁸ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

²⁰⁹ VON LISZT, Franz. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962. p. 5-10.

de um termo referência, mas do ponto central da estrutura do delito, de modo que a norma não o cria, mas sim o encontra. Para Luiz Regis Prado²¹⁰ “[...] o bem jurídico não é apenas objeto de referência, mas também de preferência, visto que nesse último aspecto consubstancia um valor, um sentido”.

Nesse mister, afirma-se que o fim do direito não é outro senão o de proteger os interesses do homem, que por sua vez antecedem à intervenção normativa e a essa se impõe. Isso ocorre na medida em que o direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico. De matiz notadamente neokantiana²¹¹, a noção de bem jurídico encontra fundamento nos valores culturais que se baseiam em necessidades individuais cuja confiança em sua existência enseja proteção jurídica.

Fundamentada a noção de bem jurídico penal inicialmente na obra de Birbaum, datada de 1834, tal noção trouxe à ciência penal a possibilidade de diferenciar o tipo penal de seu objeto de proteção com vistas à compreensão dos valores aos quais o ordenamento jurídico concede, ou não, dignidade jurídico-penal. Para tanto, alicerçado à idéia trazida por Welzel²¹² de que o valor é uma conexão do objeto ao eu, pode-se afirmar que o conceito de bem jurídico recai em uma referência central ao indivíduo.

Afirma Machado²¹³ que a idéia chave dessa teoria consiste no fato de que somente ascendem à condição de bens jurídicos objetos que tenham um conteúdo de valor para o desenvolvimento do homem em sociedade, de modo que o que não afeta as possibilidades de realização individual não é punível.

Em que pese à inexistência de unanimidade no tocante a conceituação do bem jurídico, adotar-se-á, preferencialmente, a conceituação dada por Noronha²¹⁴, para quem o bem jurídico é o bem-interesse protegido pela norma penal enquanto valor da vida humana, que o direito reconhece e cuja preservação é disposta na norma.

Não se trata, portanto, de um bem somente do indivíduo, mas de um bem social na medida em que existe uma unidade dialética do individual e do social cujo indivíduo está em função da sociedade tanto quanto a sociedade está em função do indivíduo.

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 2003. p. 59.

²¹¹ Segundo Jescheck, na matriz neokantiana o bem jurídico é entendido como um valor cultural, sendo que sua característica básica é a referência do delito do mundo ao valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno social. (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Tradução José Luís Manzaneres Samaniego. 4. ed. Espanha: Comares, 1993. p. 345).

²¹² WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução Bustos Ramírez e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica do Chile, 1970. p. 15.

²¹³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências políticos criminais. 2005. p. 105.

²¹⁴ NORONHA, E Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 112.

De qualquer maneira, não se pode negar que a idéia que se faz de bem jurídico, ou melhor, sua noção, decorre inevitavelmente das necessidades do homem surgidas ao longo de sua história. Entretanto, ao falar-se em bem jurídico penal importa salientar que não serão todos os bens que compõem as necessidades humanas considerados, mas, mediante um critério seletivo, serão tutelados os bens mais caros à sociedade, ao homem.

Conforme lição de Luiz Regis Prado²¹⁵:

Para selecionar o que deve ou não deve merecer a proteção da lei penal – bem jurídico –, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal. Esses princípios, que se encontram em sua maioria albergados, de forma explícita ou implícita, no texto constitucional, formam por assim dizer o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal. Princípio e fim.

Esse critério para seletividade também decorre do princípio da intervenção mínima do direito Penal e do postulado da fragmentariedade. Por princípio da intervenção mínima entende-se que o Direito Penal só atuará na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e quando não couber qualquer outra forma como forma eficaz de proteção. Já o postulado da fragmentariedade pressupõe que a função maior de proteção de bens jurídicos, atribuída à lei penal, só ocorrerá perante formas de agressão ou ataques considerados intoleráveis²¹⁶.

Assim sendo, tem-se que em um Estado Democrático de Direito a tutela penal não poderá vir dissociada do pressuposto de bem jurídico, e esse, por sua vez, encontra supedâneo no texto constitucional em vigor.

Na visão de Coelho²¹⁷, “um Estado que menospreze a construção de um direito penal voltado para a proteção de bens jurídicos é um Estado sem suporte democrático, como fora o Estado nazista e o direito penal do Führer, desenvolvida pela escola de Kiel”. É, portanto, prioritariamente na Magna Carta que se encontrarão os bens mais relevantes e imprescindíveis ao homem. Afinal, toda Constituição não deixa de encerrar em si os anseios daqueles para os quais foi criada, foi escrita.

Desse modo, é a Constituição Federal o suporte de natureza material do direito penal, uma vez que representa um documento legal que compreende o consenso de uma dada

²¹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 2003. p. 66.

²¹⁶ *Ibid.* p. 68-69.

²¹⁷ COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 22. Cumpre ressaltar, que os pensadores da escola de Kiel criticavam a noção de bem jurídico, por entenderem inútil tal conceito, eis que a fonte de legitimidade para legislar em matéria de privação de liberdade pautava-se na *vontade do povo* em detrimento da vontade individual.

sociedade, força real de poder e autêntica detentora da soberania²¹⁸. Nesse sentido, corrobora o entendimento de Paulo Vinícius Sporleder de Souza²¹⁹, para quem “as modernas constituições erigidas servem de critério e fundamento para o legislador penal na hora de elaborar determinada criminalização, e constituem-se, portanto, na razão de ser do bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal”.

Ao possibilitar a diferenciação entre o tipo penal e seu substrato ou objeto de proteção, a noção de bem jurídico auxilia na compreensão pelos aplicadores do direito dos valores aos quais o ordenamento jurídico concede ou não mais dignidade jurídico-penal, em consonância com sua ordem axiológica constitucional.

Assim, pode-se concluir que o papel do direito penal já se encontra constitucionalmente delineado, eis que o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Desse modo, as linhas substanciais prioritárias para incriminação ou não de condutas encontram-se na norma constitucional²²⁰.

No entanto, em que pese ser a Constituição e seus valores erigidos à categoria de sistema legitimador principal para eleição de bens jurídico-penais, esse não é o único, eis que exsurge a política criminal como mais um parâmetro para valorar o grau de importância de um bem²²¹.

Conclui-se então, que a conceituação material de bem jurídico perpassa a realidade social que em si encerra um valor, cuja importância será manifestada mediante a previsão de um especial tratamento jurídico expresso na norma constitucional.

Nesse sentido, acentua Luiz Regis Prado²²² que “A dignidade de proteção de um bem se contempla segundo o valor conferido ao mesmo pela cultura; a necessidade de proteção se assenta em sua suscetibilidade de ataque e a capacidade de proteção se contata em relação à própria natureza do bem respectivo”.

²¹⁸ Segundo Edvaldo Brito, as forças reais de poder são dinâmicas, mas, apesar disso, os valores fundamentais são imutáveis, ou seja, admite o autor a imutabilidade dos direitos naturais do homem, que por sua vez assume nos Estados Democráticos de Direito o status de normas fundamentais impassíveis de alteração ou supressão. Ademais, evidencia a Constituição como repositório das aspirações da sociedade, não se confundindo com a forma de sua veiculação – Constituição jurídica, que por sua vez deve se identificar com a Constituição essencial sob pena de ilegitimidade. (BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 26).

²¹⁹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 74.

²²⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2003. p. 92.

²²¹ MOURA *apud* PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. 2000. p. 66.

²²² PRADO, Luiz Regis. Op. cit. p. 69.

Segundo Copetti²²³,

É nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade.

Com efeito, existe uma hierarquização desses bens juridicamente tutelados de forma a caber para a seara do direito penal aqueles bens mais importantes, ou seja, fundamentais para a vida em si mesma e para a vida em sociedade, principalmente por força dos princípios norteadores desse ramo da ciência jurídica.

Pode-se afirmar que em um primeiro momento o conceito de bem jurídico traduz um conteúdo material capaz de indicar o que pode ser legitimamente tutelado pelo direito penal. Isso porque, a adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade de risco, marcada pela tendência à prevenção em larga escala de situações problemáticas e ao estabelecimento de garantias públicas em favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido, promovendo um autêntico processo de desmaterialização do bem jurídico.

Esse processo de desmaterialização do bem jurídico é caracterizado pelo distanciamento do típico entendimento de bem jurídico, tendo em vista o surgimento de bens de conteúdo amplo e titularidade difusa, cuja proteção demanda a operacionalização da tutela penal de maneira distinta do paradigma tradicional, porquanto sua plasticidade torna demasiado difícil a delimitação da causalidade e do dano.

Nesse sentido, Marta Machado²²⁴ afirma que a atuação do direito penal nessa seara reclama uma série de adequações, em boa parte, ligadas à flexibilização dos critérios de imputação e à ampliação da esfera de intervenção.

Decerto que com a pressão das novas demandas de tutela, a noção de bem jurídico sofreu significativa modificação, assumindo o papel de propulsora da ampliação e não mais da limitação do *ius puniendi*. Nesse sentido ressalta Alessandra Prado²²⁵:

Por isso se diz que, ao lado da progressiva expansão do significado do conceito de bem jurídico, há um paulatino desvanecimento de sua função garantidora dos limites ou das condições de justificação da proibição penal. Vislumbra-se aí uma importante mudança de paradigmas: de um modelo de contenção do processo de criminalização

²²³ COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 137-138.

²²⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências políticos criminais. 2005. p. 97.

²²⁵ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. 2000. p. 159-160.

para um modelo basicamente criminalizador, que parte de pressupostos preventivos contra os novos riscos.

Portanto, se outrora a punição de ações se orientava imediatamente ao ataque de um bem, atualmente já se concebe, ante o aparecimento dos novos riscos, à incriminação de feitos desprovidos de qualquer resultado concreto, com vista à proteção de bens supra-individuais que se vêem, de algum modo, afetados pela evolução tecno-científica.

Esse é sem dúvida um ponto nodal na seara do moderno direito penal. Como aceitar a noção do bem jurídico penal sem que haja necessariamente lesão a vítimas individuais, cujos danos causados tenham pouca visibilidade a primeira vista e cuja operação caracteriza-se pela internacionalidade?

Luiz Paulo Sirvinkas²²⁶ afirma, enfaticamente, que “O bem jurídico mais importante é o patrimônio ambiental; sem essa proteção não há se falar em vida sobre o planeta. A água, o solo e o ar são os bens jurídicos mais importantes depois do homem”. Desse modo, observa que pensar de modo diferente é inverter os valores sociais mais relevantes e, por isso, procura-se proteger o meio ambiente utilizando-se de todos os instrumentos necessários, tendo-se como aliado o próprio direito penal.

Claus Roxin²²⁷, ao conceituar os bens jurídicos como “[...] circunstancias dadas finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines”, sugere que deve ser a Constituição o ponto de partida para delimitação do conceito de bem jurídico:

[...] un concepto de bien jurídico vinculante politicocriminalmente solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.

Alessandra Prado²²⁸, por sua vez, salienta que a própria Constituição Federal expressa a necessidade da proteção penal do ambiente como mais um instrumento para a garantia da dignidade humana, do futuro das próximas gerações. A partir de então, o recurso utilizado é a previsão de tipos penais que tornam ilícitas certas condutas contrárias ao direito, praticadas com dolo ou culpa, contra o meio ambiente, sancionando-as com penas. Dessa forma, acrescenta:

Em contrapartida, há que se considerar que se trata de um bem complexo e de difícil delimitação, como demonstrado, contra o qual as agressões assumem as mais

²²⁶ SIRVINKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15.

²²⁷ ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz García Conclado e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997. p. 55- 58.

²²⁸ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 91.

variadas formas a cada dia e, assim, o legislador penal tem certa dificuldade em elaborar os tipos penais, recorrendo a uma linguagem técnica, a descrições mais específicas e fragmentárias, revelando o problema do recurso freqüente às normas penais em branco, o que implica compatibilizar a técnica com os princípios penais constitucionais.

No entanto, a mesma autora observa que tal fato implica na necessidade de revisão da legislação penal que tutela o meio ambiente, de modo a enxugá-la e aprimorá-la a fim de que sejam objetos da sanção penal somente os fatos considerados mais graves, incumbindo às normas administrativas e civis as agressões de menor potencial ofensivo.

Segundo escorreita observação de Guilherme Figueiredo²²⁹, o que legitima a intervenção penal não é a perda de certa utilidade social de cada um dos elementos do meio ambiente, mas a salvaguarda dos ciclos biológicos naturais, úteis ao homem.

Para Ulysses Molitor²³⁰, “[...] o meio ambiente é vida em todas as suas formas”, de forma que a tutela penal é sobremaneira eficaz na medida em que, por avistar-se que a simples existência de um inquérito policial causa constrangimentos e resultados desagradáveis à pessoa física ou jurídica em que recai a imputação, faz com que ela, para afastar a desagradável presença do processo criminal, aceite, em termos integrais, as propostas conciliatórias visando à reparação integral do dano.

Segundo Marcelo Malucelli²³¹, o direito penal é *ultima ratio* da proteção jurídica do meio ambiente, porquanto na medida em que se opera a repressão penal ou mesmo sua mera ameaça, funcionariam essas como um preventivo em face da prática de novas agressões ambientais. Aliás, afirma o mesmo autor que a criminalização ambiental é uma realidade que não se pode negar, eis que a própria Constituição a veicula em seu artigo 225, §3º.

²²⁹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais a luz do conceito de bem jurídico-penal:** (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRM, 2008. p. 166. Para o autor, dois são os significados atribuídos ao meio ambiente. O primeiro que imprime à expressão um conteúdo mais alargado, como sinônimo de entes físicos ou *lugares* e cuja proteção ao ambiente significa a salvaguarda das diversas utilidades sociais e, o segundo, uma aceção restrita e que se expressa mediante a tutela exclusiva dos elementos fundamentais, a exemplo do ar, da água e outros. Desse modo, afirma que na primeira hipótese será tutelada a qualidade, ao passo que na segunda hipótese o bem a proteger consistirá no ciclo biológico do qual aquele bem é parte integrante.

²³⁰ MOLITOR, Ulysses Monteiro. *A ratio do tipo penal ambiental e os fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil*. **Revista IMES**, ano VIII, n. 13, p. 9-27, jul;dez. 2007. p. 23. O autor ainda defende a substituição da *ultima ratio* pela *prima ratio* no que se refere aos crimes ambientais, sob o fundamento que não se pode esperar que o dano ambiental ocorra para que, só então, surja uma reprimenda criminal. Tal posicionamento, porém não encontra respaldo na doutrina majoritária e com acertada razão dada a necessária observância dos princípios constitucionais que lhe são inerentes.

²³¹ MALUCELLI, Marcelo. Tutela penal das águas. *In: Vladimir de Passos Freitas (org.). Águas – aspectos jurídicos ambientais*. 3. ed. São Paulo: Juruá, 2007. p. 147-150.

Para Alessandra Prado²³², a criminalização de ofensa ao meio ambiente surge como necessidade do direito penal manter-se atento às exigências e aos anseios sociais, inserindo no catálogo os bens por ele tutelado aqueles que, lesionados, provoquem grande dano social. Isso porque, trata-se de um bem essencial ao desenvolvimento humano, ao bem-estar social, de um bem jurídico fundamental a justificar sua proteção penal.

Portanto, é indene de dúvida a necessária incursão do direito penal para tutela dos bens supra-individuais, a exemplo do meio ambiente. Com isso não se pretende excluir a disciplina administrativa ou civil, tampouco atribuir ao direito penal função principal, no entanto, não se pode esquecer que em muitas situações tanto o direito administrativo, quanto o direito civil se mostram insuficientes para combater determinadas condutas lesivas ao meio ambiente, é o caso, por exemplo, da poluição hídrica.

2.3 A POLUIÇÃO COMO ÓBICE AO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA E A TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO “ÁGUA POTÁVEL” POR MEIO DA LEI N. 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998

Conforme já foi visto no capítulo anterior, o Brasil possui excedentes hídricos que alimentam uma das mais extensas redes de rios perenes no mundo, o que representa 53% da produção de água doce do continente Sul Americano e 12% da produção mundial de água. No entanto, apesar desses dados satisfatórios, a poluição dos mananciais hídricos exsurge como um significativo obstáculo à efetividade do direito de acesso à água, eis que muitos dos rios que banham o país não apresentam um grau mínimo de potabilidade que viabilize o consumo humano.

Pode-se afirmar que o maior problema enfrentado no Brasil no tocante a oferta hídrica não se refere, necessariamente, à escassez quantitativa de água, mas à escassez qualitativa. Isso porque, em que pese ser ele possuidor de um dos maiores mananciais aquíferos do mundo, incontáveis são os rios mortos ou completamente inapropriados ao consumo humano em decorrência do lançamento de esgotos sem tratamento ou com tratamento deficiente, quando não poluídos em razão do lançamento de produtos tóxicos pelas indústrias.

Nas zonas rurais a inexistência de instalações sanitárias promove o derramamento dos dejetos nos rios, provocando-lhes a contaminação e conseqüente aparecimento de surtos de doenças endêmicas, como a esquistossomose, e até mesmo surtos de tifo.

²³² PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 68-69.

A poluição hídrica decorrente do lançamento de quantidade excessiva de substâncias orgânicas acarreta o agravamento do desequilíbrio ecológico, provocando um fenômeno conhecido como eutrofização, que consiste no favorecimento da proliferação de microorganismos decompositores presentes nas águas²³³.

Esse aumento de microorganismos promove um incremento no consumo do oxigênio presente na água, diminuindo, assim, a quantidade de oxigênio nela dissolvida. Com a diminuição da quantidade de oxigênio, inevitavelmente ocorre a morte de peixes e outros animais que necessitam de uma quantidade mínima desse gás para sobreviver, sem esquecer do maior acúmulo de gás carbônico, principal responsável pelo envenenamento da flora e da fauna.

Segundo G. Tyller Miller Jr²³⁴, efluentes contendo nitrato e fosfato são os principais responsáveis por essa mudança. Eles vêm de fontes, como o escoamento de fazendas, confinamento de animais, áreas urbanas e sítios de mineração, além das descargas de esgoto municipal, tratado ou não. Desse modo, quanto maior a proximidade de regiões agrícolas ou urbanas, maior o possível comprometimento da qualidade dos mananciais hídricos²³⁵.

Outra conseqüência da poluição das águas, e digna de nota, é conhecida como *maré vermelha*, fenômeno desencadeado pelo aumento da concentração de sais de nitrogênio, fósforo e outros minerais, provenientes das chuvas e despejos de lixo e esgoto nos rios e mares, que servem de alimento para algas microscópicas que vivem nas camadas mais superficiais da água. Com isso, ocorre a proliferação exagerada dessas algas, formando uma densa camada que impede a penetração da luz e a realização da fotossíntese nas camadas mais profundas, bem como impede a dissolução do oxigênio na água²³⁶.

As conseqüências são a morte dos seres aeróbios que vivem na água e a emissão de gases e substâncias tóxicas produzidas pela decomposição de certas algas, que podem provocar irritação nos olhos e nas mucosas do nariz e garganta das pessoas que vivem nas proximidades das águas, causando-lhes, ainda, tosse e outros problemas respiratórios.

²³³ MILLER JUNIOR, G. Tyler. **Ciência ambiental**. Tradução All Talks. 11. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

²³⁴ *Ibid.* p. 288.

²³⁵ Nesse sentido, assevera Cordeiro Neto que as grandes concentrações urbanas brasileiras apresentam condições críticas de sustentabilidade devido ao excesso de cargas de poluição doméstica, industrial e à ocorrência de enchentes urbanas, que contaminam os mananciais, associados a uma forte demanda de água. (CORDEIRO NETO, Oscar de M.; TUCCI, Carlos E. M.; HESPANHOL, Ivanildo. **Gestão da água no Brasil**. Brasília: UNESCO, 2001. p. 150.

²³⁶ O fenômeno da maré vermelha. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biologia/maré-vermelha.htm>>. Acesso em: 27 set. 2008.

Uma vez que a saúde dos seres humanos não consiste tão-somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente, mas também na correlação direta entre a vida e a saúde humana com o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem -, pode-se concluir que a sadia qualidade de vida só pode ser conseguida e mantida se o meio ambiente estiver ecologicamente equilibrado, o que implica necessariamente em ter um meio-ambiente não poluído²³⁷.

A poluição, portanto, é fator limitante ao pleno gozo do direito fundamental de acesso à água, na medida em que é esse elemento natural conspurcado, manchado ou maculado com detritos domésticos ou industriais, inviabilizando, assim, seu consumo humano, bem como a manutenção do equilíbrio ambiental.

Hely Lopes Meirelles²³⁸ define a poluição, em sentido amplo, como sendo toda alteração das propriedades naturais do meio ambiente, causada por agentes de qualquer espécie, prejudicial à saúde, à segurança ou ao bem-estar da população sujeita aos seus efeitos.

De modo ainda mais abrangente, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente²³⁹ define a poluição como sendo:

[...] a degradação da qualidade ambiental resultante de atividade 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 condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Para Valdir Sznick²⁴⁰, a poluição nada mais é que a presença, em determinado meio, de substâncias estranhas que causem alteração em suas propriedades e qualidades, para pior, deteriorando-o ou tornando-o inadequado. Ocorre que essa deterioração torna inabilitado o meio ambiente e seu uso impróprio ao ser humano, constituindo, então, a base da poluição, que por sua vez é causada pelo próprio homem por meio de seu comportamento.

A poluição das águas foi a primeira a ser punida na história em razão das conseqüências dela advindas e da facilidade com que afeta tantas outras localidades. Segundo Sznick²⁴¹, a poluição das águas, por detritos humanos e industriais, produtos químico-biológicos e radioativos se apresenta da seguinte maneira:

²³⁷ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 122.

²³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 531.

²³⁹ BRASIL. Lei n. 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. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007. p. 1416.

²⁴⁰ SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001. p. 377.

²⁴¹ *Ibid.* p. 394.

1) *toxidez*: a toxidez de numerosos compostos sintéticos pode trazer atrás de si profundas alterações nas funções vitais dos organismos aquáticos (pode trazer multiplicação celular, a reprodução etc.); 2) *radioatividade*: também pode causar graves danos, inclusive alterações genéticas nos organismos aquáticos e no homem que os consuma; 3) *biodegradabilidade nula*: ou insuficiente, caracterizada também por várias substâncias de síntese. Essas substâncias resistem à ação dos organismos que a decompõem; elas não são eliminadas (ou são eliminadas muito lentamente) do meio receptor pela autodepuração e seu teor tende a aumentar muito rapidamente; 4) *eutroficação*: este fenômeno é devido ao enriquecimento excessivo das águas por sais nutritivos (nitratos, fosfatos, oriundos de detergentes, por exemplo) e provenientes de terras agrícolas ou de despejos industriais e urbanos; 5) *degradação das qualidades organolépticas das águas*: numerosos dejetos despejados contribuem para lhes dar gosto ou cheiro desagradável que desanimam o consumidor e cuja eliminação é difícil e onerosa. Esta degradação repercute nas qualidades alimentares dos organismos aquáticos notadamente de peixes, que se tornam inconsumíveis; 6) *a temperatura*: os organismos aquáticos são desprovidos, em sua maior parte, de mecanismos de regulação térmica; assim, suas atividades vitais (respiração, nutrição, reprodução) e sua sobrevivência estão estreitamente dependentes da temperatura das águas. Pode-se falar de uma “poluição térmica” quando os dejetos (“rejetos”) de águas quentes provenientes de esgotos e de câmaras de resfriamento industrial modificam o regime térmico das águas, afetando a fauna e a flora aquáticas; 7) *poluição “mecânica”*: por esta expressão se designam as alterações produzidas por excesso de matérias em suspensão na água; 8) *poluição bacteriana*: o dejetos de águas servidas contém numerosos germes patogênicos.

Diante da iminente necessidade de salvaguardar o bem jurídico *água*²⁴², a Constituição Federal não somente prevê em seu artigo 20, inciso III, a água como bem da União, e assegura ser de sua competência privativa legislar sobre águas (Constituição Federal artigo 22, inciso IV), como também prevê a responsabilização penal de pessoas físicas ou jurídicas pela prática de condutas consideradas lesivas ao meio ambiente (Constituição Federal, artigo 225, p. 3).

Assim, inspirada pelos princípios constitucionais da prevenção e precaução, foi promulgada a Lei n. 9.605²⁴³, de 12 de fevereiro de 1998, cujo artigo 54, *caput*, visa coibir a prática de conduta que cause poluição de qualquer natureza em níveis que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, sendo esse também o fundamento justificante para a adoção em larga medida dos tipos de perigo e das normas penais em branco.

²⁴² Embora sob o fundamento de ser esse bem essencial à dignidade da pessoa humana, eis que corolário do direito à vida, à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Evidente a adesão do constituinte originário à visão antropocêntrica, uma vez que erigiu o ser humano ao ponto central das preocupações constitucionais, porquanto a proteção do meio ambiente encontra fundamento na promoção da dignidade humana. Nesse mesmo sentido posiciona-se Antunes, para quem “Os princípios do direito ambiental quando analisados sob o ponto de vista constitucional, são setoriais [...] e que devem se submeter aos princípios constitucionais mais amplos”. (ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 36).

²⁴³ BRASIL. Lei n. 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. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS?L9605.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

Muito embora seja comum confundir o princípio da precaução com o princípio da prevenção, tem-se que esses institutos são distintos, conquanto sejam próximos. Para Rosenblat²⁴⁴, o princípio da precaução determina que as decisões ambientais levem em consideração as incertezas sobre os danos potenciais que uma atividade possa causar ao meio ambiente, aplicando-se as máximas *in dubio pro saluta* e *in dubio pro natura*, ao passo que o princípio da prevenção preocupa-se em evitar os danos ambientais, quando já existam provas científicas do caráter lesivo de determinada atividade.

Outra forma de diferenciar os princípios supracitados foi proposta por Leite e Ayala²⁴⁵, para os quais o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, ao passo que o princípio da precaução a prevenção é dirigida ao perigo abstrato. Dessa forma, o objetivo primordial da aplicação do princípio da prevenção consiste na proibição da repetição da atividade que se sabe perigosa, diferentemente ocorre com o princípio da precaução eis que há efetivamente um estado de perigo ou risco potencial, constatado mediante evidências verossímeis.

Segundo Antunes²⁴⁶, o princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis, isso não significa, no entanto, a eliminação dos danos.

Por tais características, afirma Marta Machado²⁴⁷ que a política-criminal de antecipação da intervenção penal, idealizada por muitos como ponto central da estratégia de segurança contra os novos riscos, é nitidamente influenciada pelo princípio da precaução.

Nessa perspectiva, Maria Auxiliadora Minahim²⁴⁸ acrescenta:

Para cumprir adequadamente essa função de prevenção de riscos na contemporaneidade, o Direito Penal necessita de uma certa plasticidade para que possa se adequar às novas formas de criminalidade e aos novos sujeitos do crime, nem sempre determinados como ocorria tradicionalmente. Assim, recorre-se com frequência aos tipos de perigo abstrato – cuja existência não constitui nenhuma novidade no ordenamento jurídico – já que são por demais conhecidos os crimes contra a saúde pública, a incolumidade pública, o consumo.

²⁴⁴ ROSENBLAT, Paulo. Limitações constitucionais a instituição de contribuição de intervenção ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 36. 2004. p. 170

²⁴⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade do risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 71-72.

²⁴⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 29-43.

²⁴⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 135.

²⁴⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. A preservação da vida em face da biotecnologia: inserção de novas antinomias no direito penal, **Ciências penais: revista da associação brasileira de professores de ciências penais**, v.3, p. 111-112, jul/dez. 2005. p. 112.

Na verdade, esse é o intento da criação de delitos de perigo abstrato, principalmente em sede de proteção ambiental, eis que se constitui em forma de otimização da proteção desse bem jurídico, conquanto não se possa esquecer que também se constitui fundamento do direito penal de perigo a garantia da própria segurança dos cidadãos, tendo em vista que, nos casos dos riscos tecnológicos e ao meio ambiente, o dano geralmente dista da projeção normal de condutas, ensejando a oportuna antecipação da intervenção penal, antes mesmo da consolidação do resultado.

Ressalta Marta Machado²⁴⁹:

O princípio da precaução determina que as políticas ambientais e de proteção da saúde ou segurança das gerações atuais ou futuras devem antecipar, prevenir e atacar as causas da degradação, quando houver a possibilidade de que condutas humanas causem danos coletivos vinculados a situações catastróficas, mesmo diante da incerteza científica a respeito da ocorrência do dano temido. Em outras palavras, é consequência do princípio da precaução a necessidade de se adotar medidas orientadas à prevenção de riscos de danos especialmente graves, ainda que não exista evidência comprovada sobre a nocividade de uma atividade ou de um produto. O princípio da precaução baseia a ação em mera *suspeita* dos riscos que uma determinada atividade deve comportar, mesmo que não esteja seguro da existência desses riscos e se desconheça tanto a sua dimensão como a de seus possíveis efeitos prejudiciais. Isto é, em casos em que uma certa atividade deve desencadear, o que impede de qualificá-los como previsíveis, de acordo com parâmetros objetivos.

Guilherme Figueiredo²⁵⁰ observa que, não obstante os inconvenientes decorrentes do modelo do perigo abstrato, ante o surgimento de novos bens jurídicos de cunho supra-individual e o resultante estabelecimento de renovadas exigências de tutela, as posições mais recentes, vêm perdendo o antigo rigor, em sintonia com aquelas posturas mais complacentes com a inevitabilidade, legitimidade e eficácia das formas de intervenção fortemente antecipada.

Do mesmo modo, Alessandro Barata²⁵¹ afirma que a tendência de expansão dos sistemas punitivos para uma tutela de bens jurídicos difusos e de funções, e a uma progressiva antecipação da esfera de tutela são dois fenômenos complementares, de forma que é a própria estrutura dos interesses difusos e das funções que favorece a adoção de formas de tutela antecipada, de incriminação por perigo abstrato.

²⁴⁹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. 2005. p. 136.

²⁵⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRM, 2008. p. 236-237.

²⁵¹ BARATA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico, **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 2, n. 5, p. 5-23, jan/mar. 1994. p. 16.

Acentua que, de fato, é cada vez mais aceita a idéia de admissibilidade dos crimes de perigo abstrato para proteção do meio ambiente, exigindo-se tão-somente que concorram algumas condições (lógico-jurídicas e político-criminais).

Nesse sentido, a legitimidade das formas de proteção antecipada está condicionada, em primeiro lugar, ao grau de importância do bem jurídico protegido, no sentido de que tão mais defensável será a antecipação da tutela quanto mais relevante for o interesse tutelado em comparação com o bem *liberdade individual*, ameaçado pela pena criminal.

Por outro lado, assevera que a técnica do perigo abstrato só se mostra operativa nos casos em que não se pode recorrer ao pôr-em-perigo concreto como forma de garantir uma intervenção restrita a comportamentos merecedores de pena. A inviabilidade de se fazer a punibilidade da conduta depender da realização de um resultado de perigo dá-se notadamente em duas situações específicas: a excessiva amplitude do bem jurídico objeto da incriminação, que impossibilita a determinação de elementos valiosos tangíveis de suporte ontológico, capazes de servir como parâmetro para a aferição de um resultado de perigo independente da ação que os tenha originado; e a dificuldade de se imputar a um sujeito específico a ocorrência desse mesmo resultado, por problemas relacionados à comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado do perigo.

Finalmente, Guilherme Figueiredo²⁵² afirma ser também condição para aceitação da figura do perigo abstrato que o legislador adote uma adequada tipificação, descrevendo criteriosamente a conduta presumidamente perigosa.

Desse modo, em relação ao bem jurídico protegido pelo direito penal ambiental, o autor considera que esse possui suficiente grau de importância, a permitir o adiantar das barreiras de proteção, uma vez que o “equilíbrio dos sistemas naturais”²⁵³, se descortina, de forma crescente, no atual momento histórico, como um valor indispensável à existência humana.

De resto, a proclamação de um ecossistema equilibrado como condição básica para a sobrevivência da espécie humana se desenha com particular clareza quando se determinam os interesses humanos para a salvaguarda, dentre os quais o meio ambiente é instrumental (vida, patrimônio, integridade física, dentre outros). Daí justificar-se a sua inequívoca dignidade penal enquanto barreira prévia para a proteção de bens jurídicos existenciais.

²⁵² FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal:** (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. 2008. p. 238.

²⁵³ O autor prefere tal denominação à ecossistemas, porquanto considera que seu conteúdo ganha em precisão e força heurística quando se leva em conta a plêiade de interesses envolvidos.

Para Cezar Roberto Bitencourt²⁵⁴, na criminalidade moderna, a orientação pelo perigo em vez do dano faz-se necessária porque quando o dano surgir será tarde demais para qualquer medida estatal. Desse modo, assevera o autor que a sociedade precisa dispor de meios eficientes e rápidos que possam reagir ao simples perigo, ao risco, deve ser sensível a qualquer mudança que poderá desenvolver-se e transformar-se em problemas transcendentais.

Nessa perspectiva, foi redigida a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que prevê o rol dos crimes ambientais. Essa lei, em que pese às acirradas críticas por grande parte da doutrina brasileira, contrária a criminalização das condutas ofensivas a bens de natureza difusa mediante a adoção das normas penais em branco e dos tipos de perigo abstrato²⁵⁵, representa significativa evolução no tocante a punição dos crimes cometidos contra o ambiente.

Com vista à efetivação do comando constitucional que prevê o meio ambiente como bem jurídico fundamental, bem como a responsabilização da pessoa jurídica pelas condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, inovou a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no ordenamento jurídico penal, na medida em que prevê em seu artigo 3º:

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

Consideradas as pessoas jurídicas como maiores poluidoras do meio ambiente, o legislador ordinário elencou, em seu artigo 21, como penas que lhes são aplicáveis a multa, a restritiva de direitos e a prestação de serviços à comunidade, a qual se pode atribuir a qualidade de autêntico instrumento à implementação do direito de acesso à água.

Não obstante, lei em comento acrescenta a possibilidade de à pessoa física ser aplicada a sanção de recolhimento domiciliar, assim como prevê a aplicação de multa diária, *astreinte*, instituto importado da processualística civil.

²⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: (Coord.) Luiz Flávio Gomes. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisionais e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista dos Tribunais, 1999. p. 65. (Coleção temas atuais de direito criminal).

²⁵⁵ Marta Machado ressalta que, não obstante sua alegada operacionalidade, a norma penal em branco extrai da lei penal a capacidade de tutelar diretamente o bem jurídico. “Além disso, pode-se dizer que a incriminação de uma conduta depende muito mais das normas e atos da administração do que da própria lei penal, em clara contradição com o princípio da legalidade. Esse procedimento é ainda mais criticado quando a remissão não se faz propriamente a outras normas, mas a meras complementações técnicas, a partir das quais o poder de decisão sobre a existência de perigo em determinada conduta fica delegado aos técnicos. Se, de um lado, tais mecanismos são apresentados como extremamente necessários quando se trata de matérias complexas, que comportam inovações tecnológicas em curtos espaços de tempo, de outro, a massiva utilização desse tipo de dispositivo penal causa um certo mal-estar com relação ao princípio da legalidade e da taxatividade”. (MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 172).

Inovação significativa também vai ocorrer com relação à nomeação dos que são responsáveis, com o autor, pelo crime. Isso porque, a partir de então três serão as posições adotadas: a da responsabilidade seqüencial, da responsabilidade solidária e da responsabilidade por negligência.

De um modo geral, tem-se que a responsabilidade solidária consiste na responsabilização de todos que, de qualquer modo, tomam parte conscientemente na conduta criminosa. A responsabilidade em cascata, por sua vez, implica na responsabilização, em uma ordem de sucessão em que uma exclui a outra, das pessoas que tomam parte no comportamento criminoso. Já a responsabilidade por negligência consiste na punição daqueles que não impediram a execução da conduta criminosa quando o autor do fato não for conhecido ou quando não for localizado²⁵⁶.

Outro aspecto que merece destaque é a utilização comum de normas penais em branco visando à proteção do ambiente, tendo em vista tratar-se o meio ambiente de um bem complexo, formado por vários elementos, e por conta do incremento na produção esparsa de leis fragmentárias.

Ressalta Alessandra Prado²⁵⁷ que diante desse quadro o legislador penal elabora normas penais de tipo incompleto, compostas, além dos elementos objetivos, por elementos normativos, que contêm remissão a outras disposições normativas, existentes ou futuras, à descrição das circunstâncias elementares do fato.

A Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 54, *caput*, é um bom exemplo de redação imprecisa a ensejar a incursão de tantas outras áreas para a formação de juízo de valor. *In verbis*:

Artigo 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: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

A interpretação do comando legal supracitado decorrerá da dissociação de seus termos, a começar pelo impreciso conceito de *poluição* e da expressão *qualquer*. Isso porque, a princípio será necessário, por exemplo, excluir a poluição permitida em decorrência dos níveis toleráveis, bem como a poluição decorrente de atividades autorizadas, pois nesses casos serão responsabilizadas as pessoas, física ou jurídica, tão-somente quando excederem os níveis permitidos.

²⁵⁶ SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. 2001. p. 28-29.

²⁵⁷ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. 2000. p. 92.

A fim de se buscar uma melhor compreensão da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 54, *caput*, Alessandra Prado²⁵⁸ explica o verbo núcleo do tipo, *causar poluição*, a partir da compreensão dos termos *causar* e *poluição*. Assim, para a autora, a conduta de causar poluição consiste em originar, produzir, provocar, ocasionar dar ensejo, seja na forma comissiva ou omissiva, à degradação ambiental pela introdução de substâncias que são estranhas à composição de seus elementos ou em substâncias em quantidade prejudicial, sem esquecer da necessária ocorrência, para configuração do ilícito, do dano ou do perigo à saúde das pessoas, ou dano à fauna ou à flora.

Além disso, muitos outros aspectos podem ser ressaltados e importam à análise do presente estudo, eis que o artigo 54, *caput*, da lei em comento, se trata de um tipo composto de vários elementos normativos e que remetem o aplicador do direito continuamente às decisões dos tribunais superiores, a quem, via de regra, incumbe pacificar entendimentos dos diversos juízos de primeiro grau.

Conforme preleciona Alessandra Prado²⁵⁹,

Depreende-se da leitura do referido art. 54 que se trata de um tipo penal composto de vários elementos normativos: “qualquer natureza”, “em níveis tais”, “mortalidade”, “significativa”. Não se trata, pois, de uma norma penal em branco em sentido estrito – cuja complementação é remetida a outras fontes normativas; mas uma norma que necessita, para determinação de seus conceitos, de uma intervenção complementar a ser operada pelos tribunais.

Muito embora juristas como Luiz Regis Prado²⁶⁰ e Miguel Reale Júnior²⁶¹ critiquem a redação do dispositivo em análise, acertada e digna de nota a posição sustentada por

²⁵⁸ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, n. 5. 2006. p. 169.

²⁵⁹ *Ibid.* p. 169.

²⁶⁰ O autor critica o tipo legal descrito no art. 54, *caput*, eis que o considera extremamente vago e amplo, com cláusulas normativas, de cunho valorativo, que estão muito aquém das exigências do princípio da legalidade em sua vertente de taxatividade-determinação da lei penal. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 418).

²⁶¹ O autor critica a imprecisão do significado e limite dos termos empregados no artigo em comento, sob o fundamento de que tal imprecisão incorre no comprometimento do tipo penal. Assim assevera: “A utilização de termos vagos compromete por inteiro o tipo penal, primeiramente ao se referir à poluição de qualquer natureza. Se não bastasse tal imprecisão, considera relevante penalmente a poluição de qualquer natureza em ‘níveis tais’, trazendo para a linguagem legislativa a linguagem coloquial. Fica ao alvitre do intérprete, com efetiva lesão ao princípio da legalidade, dizer o que vem a ser ‘níveis tais’, sem se ter qualquer parâmetro sequer na legislação regulamentar, à qual não se remete o tipo penal”. Aliás, Miguel Reale Júnior tece acirradas críticas à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, como um todo, afirmando, inclusive, que um exame mesmo perfunctório revela a ligeireza com que ela foi elaborada, eivada de falta de técnica legislativa, constituindo um marca clara do processo de expansão indevida do Direito Penal ao serem criminalizadas condutas irrelevantes, para em contrapartida se dar tratamento benéfico com relação aos fatos mais gravemente lesivos ao meio ambiente. (REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e direito penal brasileiro. **Revista da associação brasileira dos professores de ciências penais**, ano 2, n. 2, jan/jun. 2005. p. 70-74).

Alessandra Prado²⁶², para quem os argumentos de instauração da incerteza e insegurança jurídica e do ferimento ao princípio da legalidade sucumbem ante a justificável necessidade de se dar efetividade a princípios penais, também garantistas, de proporcionalidade, ofensividade e insignificância.

Nesse sentido, afirma que o emprego do termo *qualquer* justifica-se para reforçar o termo poluição, sem deixar dúvida de que toda forma de poluição (da água, do ar, do solo, sonora, por resíduos sólidos ou perigosos) deve ser inicialmente considerada relevante, e assim, em decorrência da equiparação das formas e de seu tratamento uniforme (mesmo desvalor), respeita-se o princípio da proporcionalidade.

De igual modo, pode-se considerar que a expressão *em termos tais* revela-se importante à aferição da escala de valores e da proporção considerada como perigosa ou danosa à saúde humana das pessoas, além de servir como indicativo do índice de alteração no meio ambiente, eis que essa alteração deve ser grave e expressiva. Isso porque, a configuração do perigo não é presumida legalmente, mas aferida caso a caso.

Para Paulo Afonso Leme Machado²⁶³, não é excessivo o espectro da locução *–qualquer natureza –*, pois para consumação do delito é preciso mais do que poluir: é necessário poluir perigosamente ou causando um dano. Dessa forma afirma:

Não entendo censurável o emprego das locuções “de qualquer natureza”, “em níveis tais”, pois todas essas expressões estão fortemente ligadas à possibilidade de causar perigo ou dano a bens protegidos. É um tipo penal aberto, que, entretanto, não gera arbítrio do julgador, nem insegurança para o acusado.

Conclusivamente, em franca oposição ao argumento de que tais elementos normativos, contidos no artigo 54, importam em ferimento a princípios penais constitucionais, assevera Alessandra Prado²⁶⁴ que:

[...] diante da complexidade do bem jurídico a ser protegido (meio ambiente), a utilização dos termos acima citados justifica-se na medida em que traduzem o respeito ao princípio da lesividade, ou seja, apenas as lesões mais graves devem ser objeto do direito penal. O que, a contrario sensu, revela também a observação e aplicação pelo legislador do princípio da insignificância, ou seja, o próprio tipo penal afasta da esfera penal as lesões insignificantes [...]. Ressalte-se que há situações em que não é possível utilizar termos precisos para composição dos tipos penais diante da própria natureza do bem jurídico. Assim, ainda que não exista um conceito determinado para “vida”, esta não pode deixar de ser protegida pelo direito penal. Da mesma forma, ainda que seja certo o conceito de meio ambiente, este não pode nem deve ser protegido de maneira absoluta, pois sua proteção, além de conflitar com outros interesses (econômicos, por exemplo), deve guiar-se pelo

²⁶² PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de Ciências penais**, n. 5. 2006. p. 170.

²⁶³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 681-682.

²⁶⁴ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Op. cit. p. 170.

caráter fragmentário do direito penal, merecendo, portanto, uma delimitação na tipificação do crime, o que só é possível acontecer por meio do recurso a elementos normativos (ou da remissão a normas extrapenais, o que não é o caso). Assim como o conceito de morte tem variado conforme o avanço da medicina, e a vida continua sendo tutelada pelo direito penal, também não o é o de poluição, a qual merece reprovação penal quando representar um alto grau de lesão ao meio ambiente.

Assim, em se tratando da tutela penal do meio ambiente, pode-se afirmar que muitos são os aspectos favoráveis à adoção das normas penais em branco, a começar por seu caráter instrumental, a limitar o âmbito do ilícito mediante a certeza e a segurança da descrição de seus elementos normativos. Igualmente é favorável, nos casos em que a norma penal deve atuar em auxílio de outras normas, como melhor caminho para defender bens jurídicos que reclamam sua proteção.

Segundo Alessandra Prado²⁶⁵, em razão da dificuldade, ou mesmo inconveniência, em se realizar uma descrição detalhada dos fatos puníveis, em relação ao meio ambiente, a adoção da técnica legislativa da norma penal em branco é necessária. Todavia, salienta que não se pode perder de vista certos limites impostos pela Constituição e pelo direito penal, referindo-se, nesse caso, aos princípios que lhes são inerentes.

Para Maria Auxiliadora Minahim²⁶⁶, não se pode ignorar, quando se fala em plasticidade no processo de criminalização de condutas, o papel que o ser humano deve ocupar no discurso jurídico penal, o respeito ao princípio da subsidiariedade penal e o necessário suporte axiológico do bem jurídico, para que se possa limitar o arbítrio do legislador, evitando a construção de supostos bens jurídicos, que acabam por legitimar a expansão do Direito Penal.

Outro recurso muito utilizado em sede de tutela do meio ambiente, como já fora dito outrora, é o uso de tipos de perigo, seja abstrato ou concreto. Aliás, conforme asseveram Wanderley Rebello Filho e Christianne Bernado²⁶⁷, a maioria dos crimes contra o meio ambiente é crime de perigo em razão da relevante possibilidade do dano, dano potencial, principalmente em razão da ameaça ou a possibilidade de lesão ao bem jurídico protegido.

No próprio artigo 54, *caput*, pode-se identificar a previsão do tipo de perigo concreto por intermédio dos seguintes termos: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana [...]”. Como se pode ver, a

²⁶⁵ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 97.

²⁶⁶ MINAHIM, Maria Auxiliadora. A preservação da vida em face da biotecnologia: inserção de novas antinomias no direito penal, 2005. p. 113.

²⁶⁷ REBELO FILHO, Wanderley; BERNADO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 45.

exposição do bem jurídico (*saúde humana*) ao perigo está descrita no tipo, de modo que sua consumação deve ser verificada²⁶⁸.

Dessa forma, por força da redação da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 54, *caput*, tem-se que a poluição de qualquer natureza acometida à água potável, indispensável ao consumo humano, ou à água, enquanto elemento natural essencial à sobrevivência do ecossistema, importará na responsabilização de seu autor ou, se desconhecido, àquele a quem competia impedir a conduta poluidora e não o fez.

Tendo em vista a relevância do bem jurídico em questão, o legislador constituinte optou, inclusive, por agravar a sanção imposta ao agente poluidor da água quando, em razão da poluição produzida, se tornar necessária à interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade, e isso o fez mediante a inserção do §2, inciso III, do artigo 54. Tal previsão é justificada em razão da relevância do bem jurídico *água* para manutenção da vida, da saúde e do equilíbrio ambiental.

Convém ainda salientar, que o advento da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, notadamente no tocante à redação de seu artigo 54, *caput*, revogou tacitamente parte do quanto disposto no Código Penal Brasileiro²⁶⁹ (CPB), artigos 270 e 271, que previam como conduta típica, respectivamente, o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal e a corrupção ou poluição da água potável.

Isso implica, necessariamente, na observância de novos critérios de aferição de responsabilidade, de aplicação de penas, bem como de reparação do dano. Nesse mister, cumpre ressaltar que a lei gizada, inicia seu texto com o artigo 2º, o qual prevê a responsabilização da pessoa jurídica por meio de seu diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário, seja em decorrência da inação, ou omissão, ante o conhecimento da conduta criminosa ambiental.

Considerando-se superado o acirrado debate acerca da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, desde que a essa seja atribuída punição adaptada à sua natureza, vislumbra-se a quebra do paradigma, até então vigente, de que pessoa por ficção jurídica não é sujeito ativo de crime, tampouco sujeito à sanção penal²⁷⁰.

²⁶⁸ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 119.

²⁶⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/DCL2848compilado.htm>>. Acesso em: 8 set. 2008.

²⁷⁰ Assim também considera Pedro Abi-Eçab, para quem, “Embora parcela considerável da doutrina não admita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a questão parece ter sido definitivamente superada, não apenas pela norma constitucional e ordinária, mas também pela aplicação pelos Tribunais de todo o país”. Não obstante, salienta o mesmo autor que a mais moderna tendência em direito penal é o afastamento do clássico princípio *societas delinquere non potest*, eis que o direito evoluiu bastante desde a noção meramente individualista e

A pessoa jurídica, no entanto, comparece aos autos do processo sempre por meio de seu representante legal ou por quem os seus estatutos designarem, obedecendo-se a regra do Código de Processo Penal quanto a sua citação e interrogatório, eis que a lei de crimes ambientais não contém qualquer norma procedimental ou processual sobre a matéria.

Não obstante, prevê a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que essa responsabilização poderá ocorrer nas esferas administrativa, civil e penal, ensejando uma discussão acerca da diferenciação entre tais institutos para que se possa justificar a incursão da norma penal em matéria de poluição, por exemplo, da água potável. Isso porque, a lei em referência possui vasta previsão de sanções administrativas que a primeira vista pareceriam suficientes para se alcançar o intento do legislador ordinário no tocante a preservação, conservação e reparação ambiental.

Assim, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, estabelece em seu artigo 72, como sanções administrativas, a advertência, a multa diária (*astreintes*), a apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto, suspensão da venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades e restritivas de direitos.

Todavia questiona-se a eficácia de tais sanções no tocante ao alcance dos objetivos almejados pelo legislador ordinário, qual seja a reparação ambiental mediante a aplicação, por exemplo, das multas.

Segundo estudo realizado por Paulo Barreto e Brenda Brito²⁷¹ em que foram analisados 55 processos administrativos de infrações ambientais no setor florestal do Pará, iniciados em 1999-2002, em que pese o alto índice de condenação dos acusados na primeira instância, e equivalente a 81% do valor total de multas, apenas 3% desse total foi efetivamente pago.

Foram constatados como principais fatores que contribuíram para a baixa eficácia da lei de crimes ambientais, com relação à sanção administrativa, a insuficiência de pessoal para

privatista da doutrina clássica e hoje é imperioso que a pessoa jurídica não seja mais vista com os olhos do passado. Desse modo, deve-se observar suas particularidades para eventual aplicação da sanção de caráter penal. Assim, afirma que negligenciar as diferenças entre pessoas físicas e jurídicas acaba por levar ao equívoco de estender às pessoas jurídicas a mesma tutela aplicada às pessoas físicas. (ABI-EÇAB, Pedro. Suspensão cautelar das atividades da pessoa jurídica em razão de crimes ambientais. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 49, ano 13, jan/mar. 2008. p. 222.).

²⁷¹ BARRETO, Paulo; BRITO, Brenda. A eficácia da aplicação da lei de crimes ambientais pelo IBAMA para proteção de florestas no Pará. Disponível em: <www.unifap.br/ppgbio/ppgbio2007/Brito.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2009.

processar os casos, a insuficiência de meios legais de cobrança e a falta de medidas complementares, isso sem levar em consideração a prática comum da corrupção²⁷².

No entanto, é possível apontar na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, outro aspecto merecedor de nota, que corresponde à aplicação da pena, à ação penal e ao processo penal, tal como previsto na lei sob exame. Isso porque, a partir de então, tanto a ação penal propriamente dita, quanto o processo penal, se desenvolverá buscando a maximização da reparação do dano, mediante a fixação da pena com vistas à manutenção, recuperação ou preservação do bem ambiental conspurcado, quando essa for possível.

Nesse sentido, de suma relevância se mostra o estudo das penas aplicáveis segundo a lei de crimes ambientais, pois desse modo poder-se-á compreender como e porque desponta a prestação de serviço à comunidade como a medida mais indicada, não somente por minorar os efeitos do dano causado e auxiliar o agente na tomada de consciência de que o bem ambiental deve ser tutelado ou protegido, mas por ser essa uma autêntica medida apta a implementação do direito fundamental de acesso à água a partir de ações que contribuam para o aumento das reservas de água potável em áreas específicas, ou não.

2.4 DAS PENAS PREVISTAS NA LEI N. 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998

Muito embora a pessoa física possa ser autora de crimes ambientais, dar-se-á neste tópico mais ênfase a poluição causada pela pessoa jurídica, por ser essa a maior responsável pelos grandes danos ambientais a ensejar a incursão da norma penal, principalmente em razão da poluição causada aos mananciais hídricos.

Nesse sentido, a lei de crimes ambientais prevê como penas a serem aplicadas à pessoa jurídica: a multa; a pena restritiva de direitos e a prestação de serviços à comunidade. Em se tratando de penas restritivas de direitos, a lei elenca a suspensão parcial ou total de atividades e a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade.

Prevista no artigo 22, inciso I, a suspensão parcial ou total das atividades da pessoa jurídica, visa, sobretudo, impedir a reiteração da prática delitiva pela pessoa jurídica e que poderia ter continuidade mesmo ocorrendo prisão de seus dirigentes, pois esses seriam sempre

²⁷² COUTINHO, L. As pragas da Amazônia. **Revista Veja**, n. 1.926, ano 38, v. 41. São Paulo: Abril, 2005. p. 102-112. Nessa reportagem, a revista relatou que desde 2003 mais de 60 servidores do IBAMA foram enquadrados em crimes de corrupção, incluindo um de seus procuradores, responsável por uma fraude de cerca de R\$ 4 milhões.

sucedidos por seus substitutos²⁷³. Tal medida aplica-se, portanto, quando as pessoas jurídicas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas ao meio ambiente (artigo 22, §1), caracterizando-se como “[...] um ato punitivo e de gravidade de certo peso”²⁷⁴.

Isso porque, a suspensão das atividades de uma entidade implica em inegável reflexo na sua vida econômica, forçando seus dirigentes a atentar para o direito de todos a uma vida sadia e aos limites impostos à poluição do ambiente. Além disso, defende-se a suspensão das atividades das entidades poluidoras sob o fundamento de ser esse um autêntico instrumento de proteção do dano ambiental dado seu caráter preventivo, pois ao interromper as atividades se estaria, conseqüentemente, interrompendo os danos ambientais.

No entanto, em que pese a gravidade de sua incursão impelir o ente moral à observância do mandamento legal, tem-se que muitas conseqüências negativas podem advir de sua aplicação, a exemplo do aumento do desemprego e da miséria, da desaceleração no crescimento econômico do país, e, a depender da natureza da atividade desenvolvida, na carência de abastecimento alimentício, ou similar, à população.

Assevera Luiz Regis Prado²⁷⁵ que as penas de suspensão de atividades e de dissolução forçada imposta às pessoas jurídicas, importam em verdadeiras penas de morte da empresa e que, em geral, não afetam única e exclusivamente aos autores do crime, sendo que a aplicação dessas sanções pode ensejar sérios problemas sociais.

Na interdição temporária de direito a pessoa jurídica permanecerá, por um tempo determinado, proibida de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios e participar de licitações, quer o crime seja doloso ou culposos. Porém, em se tratando de crime doloso a interdição é fixada em cinco anos, ao passo que a culposa é fixada em três anos.

Diferentemente da suspensão da atividade que pode, ou não, ser temporária, a interdição só pode ser temporária e, via de regra, é imposta visando a levar a entidade a adaptar-se a legislação ambiental. Segundo Paulo Affonso Machado²⁷⁶, a interdição equivale ao embargo ou paralisação da obra, do estabelecimento ou da atividade, de modo que sua continuidade ao arrepio da determinação judicial, implicará na determinação de abertura de inquérito policial

²⁷³ ABI-EÇAB, Pedro. Suspensão cautelar das atividades da pessoa jurídica em razão de crimes ambientais.

Revista de direito ambiental, São Paulo, n. 49, ano 13, jan/mar. 2008. p. 224

²⁷⁴ SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001. p. 230.

²⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 28.

²⁷⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11.ed. 2003. p. 671.

pelo juiz, para apurar o cometimento do delito de desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (Código Penal Brasileiro, artigo 359).

Por sua vez, a pena de multa tem sido a pena mais aplicada na prática²⁷⁷, conquanto muito se tenha discutido acerca de sua eficiência no campo da tutela ambiental, não somente quanto à destinação que é dada a importância paga, mas principalmente quanto aos efeitos conseguidos em face do causador do dano.

Segundo Gilberto e Vladimir de Passos Freitas²⁷⁸,

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de quantia estabelecida na sentença e calculada em dias-multa, aparenta ser a melhor das soluções em matéria de sanção penal. Todavia, a legislação brasileira tornou-a ineficaz e destituída de poder de intimidar ou de reparar o mal causado.

Uma vez que seu valor será calculado conforme os critérios previstos no Código Penal, deverá o Juízo utilizar-se artigo 49 para fixação da pena. Assim sendo, serão levados em consideração à fixação da pena: o grau de reprovação da conduta perpetrada, a condição econômica da entidade e o resultado do dano ambiental²⁷⁹.

Além disso, a lei de crimes ambientais prevê, em seu artigo 18, que se revelando ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá a pena de multa ser aumentada até três vezes, tendo em vista a vantagem econômica auferida com o dano ambiental. Assim, também servirá de critério para cálculo da multa a perícia de constatação do dano, nada impedindo que seja a pena de multa aplicada cumulativamente ou alternativamente à sanção, por exemplo, de prestação de serviço à comunidade, a teor do artigo 21 e seus incisos.

Paulo Affonso Machado²⁸⁰ critica a aplicação da pena de multa à pessoa jurídica sob o fundamento de que essa não terá efeito direto na reparação do dano cometido contra o meio ambiente, pois o dinheiro será destinado ao fundo penitenciário, considerando-a, portanto,

²⁷⁷ Márcio Bártoli, em 1995, já apontava a aplicação em larga escala a pena de multa na Europa. Segundo ele, nesse período, era freqüente a aplicação da pena de multa na Alemanha, imposta a cerca de 85% dos casos, enquanto que a aplicação das penas privativas de curta duração só era autorizada excepcionalmente, em oportunidades especiais com exigência de uma singular prevenção geral e com o fim de ser uma lembrança ao autor do crime que necessita recordar seus efeitos. (BÁRTOLI, Márcio. Sobre a aplicação da pena de multa. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 3, n. 12, out/dez. 1995. p. 138-143).

²⁷⁸ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**: de acordo com a lei 9.605/98. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 256.

²⁷⁹ Conforme preleciona Márcio Bártoli, nessa operação, num primeiro estágio, o juiz deverá, dentro de limites quantitativos genericamente cominados pelo legislador, determinar, atendendo à culpabilidade do agente, à gravidade da ação criminosa posta em prática e as demais circunstâncias legais e judiciais, o número de dias-multa a ser aplicado. Num segundo estágio, deverá verificar o importe de cada dias-multa considerando as circunstâncias pessoais e, em especial, a situação econômica do agente. (BÁRTOLI, Márcio. Sobre a aplicação da pena de multa. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 3, n. 12, out/dez, p. 138-143. 1995. p. 140).

²⁸⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. 2003. p. 669.

uma pena inócua, pelo seu insignificante valor em comparação com a multa, enquanto sanção administrativa.

A terceira espécie de sanção aplicável às pessoas jurídicas é a prestação de serviço à comunidade, que poderá implicar no custeio de propagandas e projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e em contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 23).

Segundo Gilberto e Vladimir de Passos Freitas²⁸¹:

A prestação de serviços à comunidade consistirá em custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação das áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas. Estas restrições acabarão sendo as verdadeiras e úteis sanções. Nada melhor para o ambiente do que o infrator reparar o dano causado. Isto às vezes pode ser impossível [...]. Neste caso, o custeio de programas ambientais será uma excelente solução, seja como condição de suspensão do processo, seja como pena.

Para tanto, convém considerar a prestação de serviço à comunidade a sanção mais adequada aos fins colimados pelo legislador ordinário ao criar a lei de crimes ambientais, na medida em que alcança mais funcionalmente à reparação do dano, bem como os fins próprios da sanção penal, além de servir como instrumento de implementação de direitos.

Na hipótese em estudo, a prestação de serviço à comunidade poderá servir, enquanto sanção penal decorrente tanto da prática de qualquer crime ambiental, quanto do crime específico de poluição previsto na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no artigo 54, *caput*, como importante instrumento viabilizador do direito de acesso à água potável. Para tanto, deverá essa sanção ser aplicada com o respaldo das diversas organizações e comunidades envolvidas na preservação dos bens ambientais. Esse aspecto, porém será analisado mais detidamente no tópico subsequente.

²⁸¹ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**: de acordo com a lei 9.605/98. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 73.

3 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL

Conforme já fora dito anteriormente, trata-se a prestação de serviço à comunidade de espécie de sanção que poderá ser aplicada à pessoa física ou jurídica em razão da prática de crime ambiental, mostrando-se eficaz não somente pelo caráter retributivo da sanção, mas principalmente pelo seu caráter educativo e assistencial.

Para Valdir Sznick²⁸², em que pese ser a prestação de serviço uma pena de alto significado, uma vez que cria no apenado a consciência da conservação e respeito pelos bens ambientais, surgem problemas tais como a dificuldade de se selecionar os locais em que esses serviços deverão ser prestados e a dificuldade em diferenciar a qualificação da mão de obra.

Todavia, ver-se-á que tais problemas poderão ser facilmente resolvidos mediante o trabalho conjunto entre o aplicador do direito e as diversas organizações e comunidades que atuam na defesa dos bens ambientais. No caso específico da água, as ONGs e os diversos setores da sociedade, inclusive as Secretaria do Meio Ambiente e Secretarias dos Recursos Hídricos, a Prefeitura e o Governo do Estado, envolvidos em sua conservação e tratamento.

Isso deverá ocorrer a partir da análise do dano causado, da possibilidade ou não de sua reparação, das necessidades da comunidade com relação à oferta hídrica e saneamento básico, bem como da análise da atividade desenvolvida pelas empresas, de sua política interna de gerenciamento de resíduos gerados e do plano de emergência ambiental²⁸³.

²⁸² SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001. p. 138.

²⁸³ Esse plano de gerenciamento de resíduos gerados compreende não somente na identificação dos resíduos que serão efetivamente gerados em razão do exercício de suas atividades, ou melhor, das atividades da pessoa jurídica, tais como papelão, plástico, polipropileno, polietileno, dentre outros, mas também na identificação do tratamento que deverá ser adotado tais como aterramento em local apropriado, reciclagem, etc. Esse plano de gerenciamento também poderá conter um programa de redução na fonte geradora, modo de acondicionamento, coleta e transporte interno e externo dos resíduos. Já o plano de emergência ambiental consiste em um documento elaborado a partir de estudo técnico que prevê a possibilidade de acidentes que poderão causar danos ambientais. Em contrapartida, nesses planos emergenciais deverão conter procedimentos de resposta ao incidente ou possível acidente que venha a causar poluição ambiental e risco humano. Inclua-se aí o estabelecimento de estratégias de prevenção dos impactos ambientais, ou quando esses forem inevitavelmente gerados, sejam promovidos níveis aceitáveis de segurança e controle visando conter o avanço, os danos materiais e humanos. Tanto a política interna de gerenciamento de resíduos, quanto o plano emergencial ambiental poderão ser encontrados e identificados no projeto para pedido de licença de operação fornecidos pelas pessoas jurídicas aos Poderes Públicos.

A prestação de serviços à comunidade apresenta características que permitem identificá-la como importante instrumento de implementação do direito de acesso à água, seja para a população prejudicada pela poluição de seus mananciais hídricos, seja para as futuras gerações, para as quais o perigo de dano representa a restrição não somente ao direito de acesso à água, mas também ao direito ao ecossistema ecologicamente equilibrado.

Por tal razão, afirma Sérgio Salomão Shecaira²⁸⁴ que a prestação de serviço à comunidade se trata de moderna resposta penal que atende perfeitamente aos princípios penais da proporcionalidade, no que concerne à retribuição jurídica, e à prevenção geral positiva, como medida de incentivo ao cumprimento a norma. No mesmo sentido Joni Simões²⁸⁵ afirma:

A prestação de serviços à comunidade é a pena que apresenta melhores resultados práticos. Ao invés de impor gastos, beneficia o poder público. Além disso, atende setores carentes e dá oportunidade ao criminoso vivenciar uma realidade desconhecida que pode levá-lo a uma readaptação social.

Assim, uma das características da prestação de serviço à comunidade, conforme se depreende da leitura da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, é sua natureza patrimonial-social, pois consiste em serviços que deverão ser realizados não só em obras públicas, mas também em serviços ligados à comunidade, como entidades assistenciais e educacionais. Além disso, possui natureza pública por ser um trabalho de interesse social ou comunitário, a ser realizado sem prejuízo das atividades normais e em locais previamente definidos pelo aplicador do direito.

Tais características só evidenciam a grande utilidade atribuída à prestação de serviços à comunidade. Segundo Valdir Sznick²⁸⁶ “com a pena de prestação de serviços e a cooperação e fiscalização dos Conselhos da Comunidade não há porque se manter cadeias superlotadas, mesmo levando-se em conta a timidez e cautela judiciais”.

3.1 A PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO NOS CRIMES AMBIENTAIS

Antes de iniciar-se necessariamente as hipóteses de cabimento da prestação de serviço à comunidade, demonstra-se relevante o estudo da função da pena em razão da prática de

²⁸⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 128.

²⁸⁵ SIMÕES, Joni Victória. Crimes ambientais. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condenação. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, jul/set. 2005. p. 279.

²⁸⁶ SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001. p. 141.

crimes ambientais, dado o enfoque diferenciado propiciado pela Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Isso porque, resta evidente a intenção do legislador ordinário em ver restituído o *status quo ante* do bem ambiental que foi conspurcado, ou quando esse não for possível ver, ao menos, seus efeitos minorados, em oposição à concepção tradicional da pena de enfoque notadamente retributivo.

3.1.1 Da Pena e sua Função

Conforme observa Paulo Queiroz²⁸⁷, modernamente duas grandes vertentes político-criminais devem ser consideradas quanto à análise das funções da pena, são elas: as teorias legitimadoras e as teorias deslegitimadoras do direito penal. As primeiras – legitimadoras – legitimam o Estado para intervir na liberdade dos cidadãos seja como retribuição, seja como prevenção. Já as segundas, negam tal legitimação por considerá-la desnecessária.

As teorias legitimadoras, por sua vez, se dividem em absolutas ou retribucionistas, que vêem a pena como um fim em si mesma e sem qualquer justificação, portanto como um castigo ou um dever metajurídico²⁸⁸; e relativas, que vêem a pena como meio a serviço de determinado fim. Tratam-se, portanto, de teorias utilitaristas, eis que consideram e justificam a pena somente como um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Se na doutrina retributiva ou absoluta se olha o passado, na doutrina utilitarista, ao contrário, não pode senão olhar para o futuro.

Para o desenvolvimento do tema ora proposto importa sobremaneira estudar a função preventiva da pena, pois somente desse modo entender-se-á melhor a incursão do direito penal, tal como ocorre, em sede de tutela dos bens ambientais.

Assim, tem-se que as teorias relativas ou utilitaristas da pena dividem-se em teoria da prevenção geral (positiva e negativa), cuja variante é a busca da máxima utilidade possível que caiba assegurar à maioria formada pelos não-desviados, e da prevenção especial ou individual, cuja variante consiste no ajustamento do fim ao mínimo sofrimento necessário que há de infligir à minoria formada pelos desviados.

²⁸⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 83.

²⁸⁸ TELLA, Maria José Falcón y; TELLA, Fernando Falcón y. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149-150. Segundo a autora, a caracterização das justificativas absolutas ou retribucionistas se encontra no olhar ao passado. Para ela, a legitimidade interna da pena é apriorística, no sentido de que não está condicionada por fins extrapunitivos e se baseiam na máxima de que é justo *devolver o mal por mal*, de modo que o que conta é a esfera interna, da Moral.

A teoria da prevenção geral tem como fim precípua da pena a prevenção de novos delitos, que pode ocorrer de forma negativa²⁸⁹ (tal como formulada por Feuerbach, para quem a função da pena é a prevenção de novos delitos por meio de uma *coação psicológica* exercitada sobre as pessoas), tendendo à intimidação geral, e de forma positiva²⁹⁰ (formulada por Jakobs, para quem a pena é atribuída à característica de uma necessidade funcional de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização das expectativas).

Na teoria da prevenção geral positiva a reação punitiva tem como função principal restabelecer a confiança e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz para a estabilidade do sistema e para a integração social, e sobre ela será firmada, em grande parte, a coação do Estado em face da prática dos delitos ambientais. Dando-se ênfase à recuperação do bem ambiental conspurcado, bem como, quando isso não for possível, no exercício de atividades ou pagamento em pecúnia com vistas à minoração de seus efeitos²⁹¹.

Segundo Joni Victória Simões²⁹², indubitavelmente, a pena não mais pode ser vista como medida retributiva ou ressocializadora, pois sua função é, segundo o direito penal moderno, de prevenção geral e especial, de modo que a pena visa prevenir o crime, não a castigar ou remendar o defeito psicológico ou moral. E, nessa dimensão, pode ser aplicada tanto a pessoas naturais como a pessoas jurídicas. Essas, ao sofrer a sanção, corrigirão seu defeito de organização.

Todavia, o direito penal não é, por si só, dotado de coerção, de modo que se faz necessário o estabelecimento de um procedimento organizado que garanta a justa aplicação do que determina a norma, que se denomina processo penal. Desse modo, tem-se que a lei de

²⁸⁹ Segundo Ferrajoli, o direito penal exerce duas funções preventivas negativas, quais sejam: a prevenção de futuros delitos e a prevenção de reações arbitrárias, sejam do Estado ou do particular. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução Ana Paula Zomes, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 297.

²⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Júris, 2008. p. 469. O autor também denomina a função preventiva geral positiva de função pós-moderna. Também a distingue em duas posições principais assemelhadas, porém com pressupostos e objetivos político-criminais diferentes. São elas: a prevenção geral positiva concebida como função no contexto de outras funções declaradas ou manifestas atribuídas à pena criminal, cuja legitimação consiste no objetivo de proteção de bens jurídicos (defendido por Claus Roxin), e a posição defendida por Jakobs que concentra as funções declaradas ou manifestas de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição atribuídas à pena criminal pelo discurso punitivo.

²⁹¹ Conforme preleciona Linda Kyle, à pena foram atribuídos três princípios: da retribuição, da prevenção especial e da prevenção geral, de modo que cada um desses princípios se faz presentes em cada momento da análise da pena. O primeiro momento – previsão legal da pena – tem a função de proteger bens jurídicos por meio da intimidação coletiva e abstrata visando inibir os indivíduos de delinquir. O segundo se realiza após a ocorrência do delito e perfaz-se no momento da determinação judicial, no qual o juiz concretiza a ameaça contida no tipo penal e atende à finalidade da prevenção geral. Na terceira fase também se alcança a prevenção especial, e a pretensa reinserção social e a reeducação do condenado. (KYLE, Linda Dee. **Transação Penal: revisão crítica à luz do acesso à justiça.** Curitiba: Juruá, 2007. p. 55-56).

²⁹² SIMÕES, Joni Victória. Crimes ambientais. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condenação. **Revista de direito ambiental**, ano 10, n. 39, jul/set. 2005. p. 277.

crimes ambientais não somente dispõe sobre as sanções penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, mas também, em seu capítulo IV, dispõe sobre a ação e o processo penal.

Assim, em conformidade com o moderno movimento da nova defesa social, que consiste na atualização, melhoria e humanização da atividade punitiva por meio de uma política afinada com as garantias do homem, com a despenalização e o incremento de atividades socializadoras, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, prevê inúmeras alternativas substitutivas da pena privativa de liberdade. Com isso, visa-se propiciar uma mais adequada responsabilização penal não somente da pessoa física, mas principalmente da pessoa jurídica, até então inatingível pelo direito penal clássico.

Com relação às pessoas físicas, essas alternativas²⁹³ são condicionadas à satisfação de certos requisitos, os quais encontram-se dispostos no artigo 7º da lei em comento, cujo conteúdo encerra que as penas restritivas de direito são autônomas e substituem a privativa de liberdade quando:

- I - tratar-se de crime culposo ou for aplicada a pena privativa de liberdade inferior a quatro anos;
- II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.

Assim, ocorrendo quaisquer das supracitadas situações, poderá o aplicador do direito valer-se de tão precioso instituto, desde que observado o quanto disposto nos artigos 27 e 28 do mesmo diploma legal. Dessa forma, impõem-se ao sujeito ativo do delito ambiental, em se tratando de delito de menor potencial ofensivo, para que faça jus à proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a prévia composição do dano ambiental, ressalvada a hipótese de comprovada impossibilidade.

Portanto, pode-se afirmar que o fim da sanção penal almejado pela lei de crimes ambientais não se dá eminentemente sob inspiração retribucionista, ao contrário, demonstra claramente a preferência do legislador ordinário pela aplicação de outras medidas consistente não somente na reprovação do autor e prevenção do crime, mas, sobretudo, na reparação do dano ambiental causado, porquanto a própria lei traz um rol extenso de tipos cuja pena máxima não ultrapassa os dois anos, permitindo-se, assim, a substituição da pena privativa de

²⁹³ Para pessoa jurídica aplicável será o disposto na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 21, segundo o qual as penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, são: a multa; restritiva de direitos e a prestação de serviços à comunidade.

liberdade por restritiva de direitos e condutas cuja substituição demonstra-se suficiente para efeitos de reprovação e prevenção.

3.1.2 A Prestação de Serviço à Comunidade no Sistema Consensual e a Transação Penal

Já fora visto anteriormente a importância atribuída à prestação de serviço, assim como fora visto que somente mediante um organizado procedimento (processo penal) a sanção penal conseguiria realizar sua finalidade (retribuição, prevenção geral e específica). A lei de crimes ambientais, por meio de seus artigos 27 e 28, fazem menção expressa à aplicabilidade de dispositivos da Lei n. 9.099²⁹⁴, de 26 de setembro de 1995, às hipóteses nela contempladas.

Assim, dispõe que nos crimes de pequeno potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa, prevista na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigo 76, somente poderá ocorrer mediante a prévia composição do dano, de que trata o artigo 74, da mesma lei, salvo em caso de irreparabilidade.

A Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, trouxe consigo alguns avanços, cuja contribuição é notória à aplicação da sanção penal em sede de crimes ambientais. A simplicidade²⁹⁵ com que se é instaurado o procedimento, o encaminhamento do expediente ao judiciário, a possibilidade de audiência de conciliação, dentre outros aspectos, não somente evidencia a preocupação do legislador em dar celeridade à prestação jurisdicional, mas também em fazê-lo com menor custo e de modo a assegurar a reparação ou compensação do dano sofrido pela vítima.

Criados com competência para a conciliação, o processo, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, os juizados criminais tem ainda como critérios orientadores: a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade. Tais critérios somados aos objetivos primordiais, quais sejam, a conciliação, a transação, a reparação dos danos e a aplicação de pena não privativa de liberdade (Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigos 2º e 62) corroboram para que, em sede da tutela ambiental, sejam contornados ou minorados os efeitos decorrentes da ação poluidora, principalmente em se tratando o causador do dano de pessoa jurídica.

²⁹⁴ BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

²⁹⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados especiais criminais**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 14. “São critérios orientadores dos Juizados Especiais Criminais a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade”.

Em seu artigo 76, prevê a possibilidade do Ministério Público, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública, propor a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, a ser especificada na proposta. Esse dispositivo, embora não tenha empregado o termo tal como é largamente utilizado, refere-se à *transação penal*.

A transação penal foi acolhida no sistema penal brasileiro na Constituição Federal, artigo 98, inciso I, no qual consta que a União, Distrito Federal e territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de crimes de menor potencial ofensivo, permitidos nas hipóteses previstas na lei: a transação.

Trata-se de autêntico direito subjetivo do autor do fato, eis que, estando presentes todos os requisitos impostos pela lei, o Ministério Público deverá oferecer a proposta de transação, em estrita obediência ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Consiste a transação penal, segundo Ada Pellegrine Grinover e colaboradores²⁹⁶, em concessões mútuas entre as partes e os partícipes. Disso decorre sua semelhança com o instituto da autocomposição, em que ocorre a solução do conflito ou interesse sem a intervenção da autoridade judiciária.

Embora não haja previsão expressa acerca do momento em que essa proposta de transação poderá ocorrer, tem-se que, a verificação se há ou não hipótese de arquivamento do feito, se infere do texto de lei que a proposta de transação deverá ocorrer antes da denúncia. Dessa forma, tem-se que se trata a transação penal de um instituto cuja proposta antecede a propositura da própria ação penal.

Por intermédio da transação penal alcança-se o objetivo de se resolver o conflito sem os infortúnios causados às partes, via de regra, pelo processo. Em se tratando de delitos ambientais, além de proporcionar pronta solução aos conflitos, com aplicação imediata de pena não-privativa de liberdade, tem especial relevo à reparação do dano ambiental.

Desse modo, Cezar Roberto Bitencourt²⁹⁷ ressalta que se as partes não compuserem o dano ambiental, ou seja, se não chegarem a um denominador comum sobre a forma, meios e condições de reparar o dano, não se poderá transigir quanto à sanção criminal, por força da Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 27.

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrine *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099 de 26.09.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 63.

²⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Transação penal e suspensão do processo à luz da Lei 9.605/1998. **Boletim IBCCrim**, n. 73. 1998. p. 5.

Segundo Linda Dee Kyle²⁹⁸:

A importância da preservação ambiental tem sido tema de acordos internacionais, com previsão de sanções econômicas. No âmbito interno, diversos países foram levados a incluir em suas Constituições dispositivos garantidores de tal proteção. Dessa forma, a aplicação dos institutos consensuais, próprios dos Juizados Especiais Criminais, tem funcionado como forma reeducadora, no sentido de inibir condutas nocivas ao meio ambiente.

Além disso, o legislador ordinário dá mostras de sua opção pela aplicação de penas restritivas de direitos, na medida em que as penas cominadas aos delitos contra o meio ambiente tipificados pela Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, são aplicáveis não só a transação penal, mas também a suspensão condicional do processo, à quase totalidade dos crimes.

Ademais, em seu artigo 7º, a referida lei autoriza a aplicação das penas restritivas de direitos quando se tratar de crime culposo ou quando for aplicada pena restritiva de liberdade inferior a quatro anos, ampliando, dessa forma, ainda mais a possibilidade de sua aplicação tanto com relação à conduta perpetrada por pessoa física, quanto em decorrência da atividade exercida pela pessoa jurídica.

Considerando a oportunidade de aplicação das penas restritivas de direitos nos termos do Código Penal, artigo 43, bem como da Lei de Crimes Ambientais, artigos 8º e 22, insta salientar a importância que deve ser atribuída à prestação de serviços à comunidade, uma vez que do somatório de sua função retributiva e reparadora, pode-se encontrar a função social.

Assim, uma vez incursa tanto a pessoa jurídica, quanto a pessoa física, nos delitos cuja pena máxima abstratamente cominada não seja superior a dois anos, cabível será a proposta de transação penal fundada na prestação de serviços à comunidade, que poderá ser orientada não somente no sentido de recuperar o ambiente ou seu bem conspurcado, mas também no sentido de viabilizar o exercício de tantos outros direitos fundamentais, mormente o direito de acesso à água, ainda que a conduta danosa não lhe tenha afetado diretamente.

3.1.3 O Cabimento da Prestação de Serviço à Comunidade no Sistema da Ação Penal Condenatória de Procedimento Especial por meio da Suspensão Condicional do Processo

A lei de crimes ambientais prevê, em seu artigo 28, a aplicação das disposições da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigo 89, aos crimes de menor potencial ofensivo nela

²⁹⁸ KYLE, Linda Dee. **Transação penal**: revisão crítica à luz do acesso à justiça. 2007. p. 154.

previstos, com algumas modificações. Trata-se o artigo 89 do instituto da suspensão condicional do processo, aplicável na hipótese de crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano.

Seu conteúdo encerra que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo condenado por outro crime e desde que sejam satisfeitos os demais requisitos autorizadores da suspensão condicional do processo (Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigo 89).

Todavia, a lei de crimes ambientais (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998) introduziu uma inovação, qual seja, condicionou a aplicabilidade do dispositivo supracitado à prévia reparação do dano ambiental, que deverá ser atestada mediante laudo de constatação de reparação ambiental. Não obstante, prevê a hipótese em que o lapso temporal da suspensão poderá ser prorrogado até o máximo de quatro anos, ao qual deve ser adicionado mais um ano.

Ocorre que ao final desse prazo realizar-se-á a lavratura de novo laudo de constatação de reparação de dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o prazo de suspensão anteriormente fixado, até seu máximo, e caso seja esse esgotado sem que tenha ocorrido ou completada a reparação, poderá ser extinta a punibilidade do agente desde que esse comprove mediante laudo de constatação ter tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Assim, uma vez aplicável ao autor do dano ambiental a suspensão condicional do processo, entende-se satisfeitos os requisitos para sua concessão nos termos da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, artigo 89, combinado com Código Penal Brasileiro (CPB), artigo 77. Qual seja: deverá ser a pena mínima cominada inferior a um ano; não poderá estar sendo o acusado processado ou ter sido ele condenado por outro crime; é preciso que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício e não será cabível quando possível a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direito.

Tem-se, portanto, que perfeitos os requisitos autorizadores para a proposta de suspensão condicional do processo, essa proposta deverá ser aceita pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, que recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o

acusado a período de prova. Além das condições impostas no artigo 89, §1º, incisos I a IV²⁹⁹, poderá o magistrado especificar outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do agente (artigo 89, §2º).

Assim, a prestação de serviço à comunidade poderá ser inserida como condição para suspensão condicional do processo na qualidade de *outra condição*, sendo perfeitamente possível sua imposição pelo magistrado, desde que adequada ao fato e à situação pessoal do agente.

Nada impede, por exemplo, que a pessoa física contribua com programas comunitários de preservação da qualidade das águas, ou que a pessoa jurídica forneça carros-pipa a comunidades carentes de água potável, dentre tantas outras medidas possíveis e que auxiliam na implementação do direito de acesso à água para todos, pois contribuem com o aumento da oferta hídrica.

3.1.4 A Aplicação da Prestação de Serviço à Comunidade no Sistema da Ação Penal Condenatória como Condição para a Suspensão da Pena

Conforme preleciona Rogério Greco³⁰⁰, trata-se a suspensão condicional da pena de verdadeira medida descarcerizadora, eis que tem a finalidade de evitar o aprisionamento daqueles que foram condenados a penas de curta duração, evitando-se, com isso, o convívio promíscuo e estigmatizante do cárcere. Para Fernando Pedroso³⁰¹, trata-se de um substitutivo penal das penas privativas de curta duração que permite ao sentenciado resgatar, de forma pedagógica e educadora, o escarmento em liberdade.

Nesse sentido manifestou-se o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (TACRSP)³⁰²:

O que mais importa ao Estado não é punir, mas reeducar o delinqüente e reconduzi-lo à sociedade como parte integrante daqueles que respeitam o direito de liberdade alheia, em seu mais amplo entendimento, que é o limite de outro direito. Toda vez que essa recuperação pode ser obtida, mesmo fora das grades de um cárcere, recomendam a lógica e a melhor política criminal a liberdade condicionada do punido, obrigando-o, porém, ao cumprimento de determinadas exigências.

São quatro as espécies de suspensão condicional da pena: o *sursis* simples, *sursis* especial, *sursis* etário e o *sursis* humanitário. O *sursis* simples está previsto no Código Penal,

²⁹⁹ São elencadas as seguintes condições: I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

³⁰⁰ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Impetus Impetus, 2008. p. 275.

³⁰¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 738.

³⁰² TEOTÔNIO, Luis Augusto Freire. **Suspensão Condicional da Pena e Livramento Condicional: Dupla Punição no Direito brasileiro**. RT 662 – Dezembro 1990. RT. SP/SP. 1990. p. 259.

artigo 78, §1º, segundo o qual durante o primeiro ano do prazo da suspensão, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (artigo 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (artigo 48).

O *sursis* especial encontra respaldo no artigo 78, §2º, que prevê a possibilidade do juiz substituir a exigência da prestação de serviços à comunidade ou a restrição de fim de semana, se as circunstâncias previstas no Código Penal Brasileiro, artigo 59, lhe forem favoráveis, e desde que satisfeitas as seguintes condições a serem aplicadas cumulativamente: a proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, o comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

O *sursis* etário, por sua vez, é aquele concedido ao maior de 70 anos de idade que tenha sido condenado a uma pena privativa de liberdade não superior a quatro anos. Nesse caso, tem-se que o prazo de suspensão poderá ser de quatro a seis anos. Visa-se com isso, proporcionar ao condenado septuagenário situação penal mais benigna.

O *sursis* humanitário foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei n. 9.714³⁰³, de 25 de novembro de 1998, que permite ao condenado a uma pena não superior a quatro anos, obter a suspensão condicional da pena pelo período de quatro a seis anos, desde que as razões de saúde o justifiquem. Segundo Rogério Greco³⁰⁴, “[...] condenados aidéticos, tuberculosos, paraplégicos ou aqueles que tenham sua saúde seriamente abalada poderão ser beneficiados com o *sursis*, evitando, dessa forma, o agravamento da sua situação que certamente aconteceria se fosse jogado no cárcere”.

A suspensão condicional da pena, também conhecida como *sursis*, é um autêntico direito subjetivo do condenado, em que pese a aparência de mera faculdade do Juiz demonstrada, a princípio, da simples leitura do Código Penal Brasileiro, artigo 77, que emprega a expressão *poderá*³⁰⁵.

Assim, tem-se que, comprovada a prática da infração penal, o juiz condenará o réu e dará início à aplicação da pena, atendendo-se ao previsto no Código Penal Brasileiro, artigo

³⁰³ BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília, 1998.

³⁰⁴ GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 2008. p. 279.

³⁰⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 425. Assevera o autor que o *sursis* é um direito subjetivo do acusado que preenche os requisitos exigidos, e não mera faculdade do juiz. Nesse sentido também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em diversas ocasiões. Senão vejamos: “O *sursis*, além de direito subjetivo do réu, interessa por igual ao complexo tácito de defesa social”. (STF – HC 63.557-RJ – Rel. FRANCISCO REZEK - 2ª Turma – J. 20.05.86 – Un.); “Fixada a resposta penal nos limites que possibilitam, em tese, o *sursis*, não pode o órgão julgador deixar de realizar a devida apreciação. Imposição legal incontornável *ex vi* art. 697 do CPP.” (STJ – REsp. 86.585 – MG – Rel. Min. FÉLIX FISHER - 5ª Turma – J. 18.2.97, DJU n. 51, 17.3.97, p. 7.529).

68, de modo que, encontrando-se a pena total aplicada no limites do CPB, artigo 77, deverá ser analisada a satisfação dos requisitos necessários à concessão do *sursis*.

São eles dissociados em requisitos objetivos e subjetivos. Têm-se como requisitos objetivos para concessão do *sursis* a condenação de pena restritiva de liberdade não superior a dois anos (*sursis* simples, especial e humanitário) ou, em se tratando de condenado maior de setenta anos de idade (*sursis* etário), a condenação não superior a quatro anos. Os requisitos subjetivos, por sua vez, consistem na necessidade de que o condenado não seja reincidente em crime doloso, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias favoreçam a adoção da medida.

Sendo-lhe cabível, na própria sentença condenatória, o Juiz especificará as condições a que se terá de sujeitar o condenado, em substituição à sua privação de sua liberdade, devendo o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (CPB, artigo 48) no primeiro ano do prazo da suspensão (CPB, artigo 78, §1º).

Nada obsta, no entanto, que no restante do prazo seja a prestação de serviço à comunidade estendida, uma vez que o Código Penal Brasileiro, artigo 79, prevê a possibilidade do juiz especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação do condenado.

Tal previsão permite maior liberdade de atuação ao magistrado, que poderá fixar, inclusive, uma condição na qual seja exigida a participação do autor de delitos ambientais, ou do delito de poluição da água potável, em cursos de preservação ambiental e combate ao desperdício dos recursos naturais, que são regularmente oferecidos pelas secretarias do meio ambiente, nos municípios, e pelas secretarias de recursos hídricos.

O *sursis*, no entanto, só será possível em face da responsabilização da pessoa física pelo delito cometido, eis que à pessoa jurídica não é passível de pena privativa de liberdade. Assim, tal instituto poderá ser aplicado somente aos seus gerentes ou responsáveis, mas não ao ente moral enquanto pessoa por ficção jurídica.

3.2 A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE: MEDIDAS QUE PODERÃO SER ADOTADAS

Considerando-se que a pena representa para o crime um fator de prevenção geral e especial, possuindo a prevenção geral duas armas, quais sejam, a intimidação sob a forma de ameaça de pena, ou de execução dessa, e sua ação educativa, reputa-se essa última mais adequada à função *prima facie* de prevenção criminal.

Conforme preleciona Rogério Filipeto³⁰⁶, a prestação de serviços à comunidade, ao não afastar o indivíduo do convívio social, adicionando a laboterapia, visa alcançar a recuperação que a pena de prisão não conseguiu. Além disso, sob o prisma criminológico, é uma modalidade de tratamento em meio livre, que auxilia o condenado na compreensão de seus problemas e na aceitação de sua responsabilidade social e pessoal.

Aplicada por tempo limitado e observando-se a proporcionalidade entre a pena e o delito, a modalidade de prestação de serviço à comunidade será escolhida conforme a aptidão do condenado, de modo que o serviço a ser prestado nem se afaste da atividade exercida habitualmente, nem prejudique seu exercício, seja o autor pessoa física ou pessoa jurídica.

Todavia, para que a sanção ou medida de prestação de serviços à comunidade se destine à implementação do direito fundamental de acesso à água, é preciso que o aplicador do direito (magistrado) não só atente para sua funcionalidade e opte por aplicá-la, mas também disponha de um rol de serviços úteis à comunidade em matéria de oferta hídrica, laborando conjuntamente com os diversos setores da sociedade, envolvidos na defesa, preservação e recuperação dos mananciais hídricos.

Em se tratando de pessoa física, observar-se-á o quanto disposto na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 9º, segundo o qual a prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano a coisa particular, pública ou tombada, na restauração dela, quando possível.

Como se pode notar, tal dispositivo refere-se ao condenado pessoa física, eis que a pena de prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá (Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, artigo 23): no custeio de programas e de projetos ambientais; execução de obras de recuperação de áreas degradadas; manutenção de espaços públicos e em contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Na medida em que as pessoas jurídicas figuram como verdadeiras *vilãs* do meio ambiente, sobre essas recairá maior atenção, de modo que a seguir propor-se-ão medidas que poderão ser aplicadas com vista à implementação do direito de acesso à água. Dentre as quais despontam a educação ambiental, restauração das matas ciliares, construção de cisternas, barramentos, monitoramento da qualidade e tratamento da água das chuvas armazenadas e o auxílio na distribuição de água potável a população.

³⁰⁶ FILIPETO, Rogério. Prestação de serviços à comunidade. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 2, n. 7, jul/set. 1998. p. 149.

3.2.1 O Serviço de Difusão da Educação Ambiental

Conforme leciona Roberto Marinho Silva³⁰⁷, a convivência com o meio ambiente é um imperativo fundamental para o manejo e uso sustentável dos recursos naturais num ecossistema, de modo a não inviabilizar sua reprodução. Isso implica em uma nova orientação para as atividades humanas, eis que se busca conciliar ou corrigir os limites naturais à intervenção do homem.

Nesse sentido, mostra-se de fundamental importância aprender a viver em harmonia com o código da natureza, partindo-se da premissa de adaptação e não de estranhamento, destruição ou de combate.

Com efeito, em franca oposição à política de esgotamento dos mananciais de água potável, muitas podem ser as formas de se aumentar as reservas de água doce em áreas específicas. Dentre essas formas pode-se citar a disseminação da educação ambiental, fator preponderante para um bom êxito na preservação dos bens ambientais.

Conforme salienta Ângela Aparecida Sagrillo³⁰⁸, aprender sobre a natureza, mantendo um contato próximo com seus elementos, pode ser a única maneira de despertar nos indivíduos a necessidade de valorizar e buscar o equilíbrio dinâmico entre os homens e o meio ambiente. Isso porque, para que ocorram mudanças de atitudes, o indivíduo precisa estar consciente e, principalmente, sensibilizado de seu papel enquanto espécie integrante de um ambiente equilibrado. Isso é possível por meio da educação ambiental.

Para Luís Paulo Sirvinskaskas³⁰⁹, para se entender as causas da degradação ambiental é necessário compreender os problemas sócio-econômicos e político-culturais e a partir desses conhecimentos poder-se-á então tentar alterar as atitudes comportamentais das pessoas na sua fase inicial por meio de uma ética ambiental adequada. Afinal, “é o exercício efetivo da cidadania que poderá resolver parte desses grandes problemas mundiais por intermédio da ética ambiental transmitida pela educação ambiental”.

Nessa perspectiva, Iveraldo Soares da Silva Junior³¹⁰ observa que a educação ambiental tem fundamental papel, mormente no mundo moderno, em que pese o desafio cada vez maior

³⁰⁷ SILVA, Roberto Marinho Alves da. **Entre o combate à seca e a convivência com o semi-árido: transições paradigmáticas e sustentabilidade do desenvolvimento**. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 2008. (Série BNB teses e dissertações). p. 189.

³⁰⁸ SAGRILLO, Ângela Aparecida Forti. Obrigatoriedade da educação ambiental para a educação infantil no âmbito do direito educacional brasileiro. **UNESC em revista**, v. 8, n. 17, p. 85-108, jan/jun. 2005. p. 84-85.

³⁰⁹ SIRVINSKASKAS, Luis Paulo. Meio ambiente e cidadania. **Revista do Instituto de Pesquisas e estudos**, São Paulo, n. 35, ago/nov. 2002. p. 306.

³¹⁰ SILVA JÚNIOR, Iveraldo da. A educação ambiental como meio para a concretização do desenvolvimento sustentável, **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 102/113, abr/jun. 2008. p. 104.

de serem criadas condições para a participação dos diferentes segmentos sociais, tanto para formulação de políticas para o meio ambiente, quanto na concepção e aplicação das decisões que afetam a qualidade do meio natural, social e cultural.

Aliás, ressalta Ângela Sangrillo³¹¹ que “[...] a educação ambiental abre os horizontes da consciência ecológica, que consiste, antes de tudo, numa mudança de comportamentos, de atitude social”, de modo que a cidadania ecológica supõe teoria, movimento e consciência ecológica. Isso depende da afirmação cultural de novos valores da sociedade.

Segundo a Lei n. 9.975³¹², de 27 de abril de 1999, entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais os indivíduos e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, devendo estar presente em todos os níveis e modalidades do processo educativo seja ele formal ou não formal.

Nada mais oportuno que a imposição do dever de prestar educação ambiental à comunidade pelo autor de delito ambiental, na qualidade de multiplicador em defesa da água potável. Para tanto, dispõe o aplicador do direito de muitas alternativas, dentre elas a inclusão do autor da conduta danosa nos programas ministrados pela Agência Nacional de Águas (ANA) e das Secretarias de Recursos Hídricos.

Desse modo, a prestação de serviço à comunidade imposto ao autor do delito ambiental, em qualquer das hipóteses previstas para sua aplicação, durante o período legalmente previsto e sem prejuízo de suas atividades normais, consistirá na sua preparação para que ministre às famílias informações relativas ao combate ao desperdício, tratamento das águas armazenadas em cisternas ou açudes, bem como na orientação de como se evitar a contaminação da água das chuvas armazenadas nas regiões que sofrem com a escassez quantitativa.

Sugere-se que a pessoa jurídica, além de disseminar a educação ambiental na comunidade, o faça também no interior de suas instalações por meio de campanhas visando o combate ao desperdício e um controle mais rigoroso no tratamento dos dejetos humanos e industriais. Isso poderá ocorrer por intermédio da adoção de medidas simples tais como a quantificação e a qualificação dos diversos resíduos gerados, com o intuito de reduzir, reaproveitar, reciclar ou efetuar o descarte final de maneira correta.

Outrossim, as empresas poderão orientar, fiscalizar e propor medidas seguras para o descarte de resíduos em geral, com o objetivo de reduzir a geração de lixo e combater o uso

³¹¹ SAGRILLO, Ângela Aparecida Forti. Obrigatoriedade da educação ambiental para a educação infantil no âmbito do direito educacional brasileiro. **UNESC em revista**, p. 91.

³¹² BRASIL. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a política nacional de educação ambiental e da outras providências. Brasília, 1999.

perdulário de água e energia elétrica, de forma que os próprios funcionários sejam multiplicadores das medidas de controle e preservação ambiental por práticas diárias.

As vantagens dessa espécie de prestação de serviços à comunidade são muitas, isso porque, além dos baixos custos, auxiliará na mudança de mentalidade quanto a finitude da água potável e a iminente necessidade de serem desenvolvidos mecanismos que visem sua preservação e manutenção para que num futuro muito próximo ela não venha a faltar, constituindo-se, assim, em autêntico instrumento de implementação de seu acesso às gerações futuras.

3.2.2 Da Prestação de Serviços Essenciais às Comunidades Carentes: Construção de Cisternas, Tratamento, Monitoramento da Qualidade da Água e Distribuição

Segundo Oscar Cordeiro Neto e colaboradores³¹³, as grandes concentrações urbanas brasileiras apresentam condições críticas de sustentabilidade hídrica devido ao excesso de cargas de poluição doméstica, industrial e à ocorrência de enchentes urbanas, que contaminam os mananciais, sendo-lhes ainda associados a forte demanda de água.

No campo, a poluição decorre, em grande parte, dos produtos químicos e fertilizantes utilizados nas plantações e que acabam por comprometer a qualidade da água dos rios devido ao aumento da quantidade de nitratos e fosfatos.

A doutrina costuma distinguir as fontes de poluição em pontuais e não pontuais³¹⁴. As primeiras são responsáveis pelos despejos de poluentes em locais específicos por meio de canos de drenagem, fossos ou redes de esgoto em corpos de água superficial. Já as segundas – fontes não pontuais – são espalhadas e difusas, o que torna muito dificultoso seu rastreamento a um único local de descarga. É o caso, por exemplo, do escoamento de substâncias químicas em águas superficiais vindas de plantações, ruas urbanas e estacionamentos.

Como já fora visto, a poluição dos mananciais hídricos implica em uma significativa restrição ao exercício do direito fundamental de acesso à água, por tal motivo, impõe-se a adoção de mecanismos que visem refreá-la, bem como coibir sua prática além dos limites toleráveis pelo ambiente.

Desse modo, pode o aplicador do direito adotar a prestação de serviços à comunidade como instrumento à implementação do direito de acesso à água na medida em que pode impor

³¹³ CORDEIRO NETO, Oscar de M.; TUCCI, Carlos E. M.; HESPANHOL, Ivanildo. **Gestão da água no Brasil**. Brasília: UNESCO, 2001. p. 150.

³¹⁴ MILLER JUNIOR, G. Tyller. **Ciência ambiental**. Tradução All Talks. 11. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 286.

ao agente poluidor não somente o dever de reparar o dano, mas, principalmente, o dever de viabilizar seu acesso às comunidades mais carentes.

Para tanto, muitas são as tecnologias hídricas alternativas de captação e armazenamento de água que podem ser desenvolvidas, principalmente, pelas pessoas jurídicas autoras de danos ambientais e que permitirão o exercício do direito de acesso à água pela população, a exemplo da construção de cisternas.

De grande utilidade no semi-árido nordestino, as cisternas podem ser de placas ou de placas de calçadão. Trata-se de uma alternativa simples e com baixo custo para captação e armazenamento de água das chuvas para consumo humano, que se dá por intermédio da captação da água que desce pelo telhado das casas, que normalmente é suficiente para aparar a quantidade de água que a família necessita para beber, cozinhar e para a higiene bucal.

Segundo Roberto Marinho Silva³¹⁵, a cisterna de placa é a mais utilizada, sendo sua construção de fácil aprendizado pelos pedreiros. Além disso, a disponibilidade de água limpa próxima de casa contribui para a redução de doenças, diminui o tempo de esforço físico de milhares de mulheres e crianças na busca de água.

A cisterna de placa de calçadão, por sua vez, é uma variação da forma de captação de água das chuvas para a cisterna de placas, utilizada quando os telhados das casas são insuficientes para aparar a quantidade de água necessária. Sua tecnologia consiste na construção de uma espécie de calçada no chão cimentado, inclinado, com área de até 110m², perto de casa e que deverá ser cercado para evitar entrada de animais que poderão contaminar a água.

No entanto, não basta a construção das cisternas, pois se faz necessário também uma constante fiscalização da qualidade da água aparada da chuva pelos telhados ou pela calçada. Assim, poderá consistir a prestação de serviço à comunidade, de igual modo, no tratamento e no monitoramento da qualidade dessas águas.

Caso não seja possível a adoção de nenhuma das medidas anteriores, poderá ainda a pessoa jurídica ser responsável pelo fornecimento da água potável por intermédio de carros-pipa, o qual normalmente é realizado pelo Exército. Desse modo, ao invés da comum imposição do dever de fornecer *cestas básicas*, poderá o magistrado impor aos autores dos delitos ambientais o dever de fornecer água potável à população que dela necessita.

Nos centros urbanos, cuja dificuldade não seja a quantidade, mas a qualidade da água disponível, a prestação de serviço deverá buscar prioritariamente a melhoria da água por meio

³¹⁵ SILVA, Roberto Marinho Alves da. **Entre o combate à seca e a convivência com o semi-árido**: transições paradigmáticas e sustentabilidade do desenvolvimento. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 2008. p. 189.

da adoção de sistemas modernos de tratamento de resíduos, da retirada de excesso de ervas daninhas nas margens dos rios, da recuperação das matas ciliares, ou o bombeamento de ar em lagos e reservatórios para evitar o esgotamento do oxigênio na água.

Em qualquer caso, deverá o magistrado atentar para o fato de que as tecnologias e as práticas de manejo dos recursos hídricos deverão ser apropriadas às potencialidades e fragilidades do ambiente, bem como às reais necessidades da população.

Com efeito, pode-se afirmar que a grande dificuldade de pôr em prática tais medidas deve-se muito mais ao desconhecimento do magistrado com relação a essas alternativas, que necessariamente à dificuldade de selecionar os locais em que esses serviços deverão ser prestados e a dificuldade em diferenciar a qualificação da mão de obra.

Desse modo, faz-se de fundamental importância a cooperação entre a atuação jurisdicional, das promotorias estaduais e da União, e os diversos segmentos da sociedade imbuídos pela defesa do meio ambiente tais como as ONGs, Secretarias de Recursos Hídricos, Secretarias do Meio Ambiente, dentre outras.

CONCLUSÃO

O direito de acesso à água potável é um direito humano fundamental, porquanto sem ela é impossível a vida e a saúde humanas, bem como o equilíbrio no ecossistema. Seu processo de reconhecimento, todavia, se deu lentamente e concomitante ao surgimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por volta da década de setenta, e a valoração da água como bem jurídico digno de tutela.

Assim, ao longo da história das constituições do Brasil o direito de acesso à água encontrou respaldo no direito natural à vida e à saúde, bem como na natureza de propriedade atribuída à água. Ao passo que no plano internacional se iniciara a partir da década de 70 um movimento de preservação do ambiente, do qual a água despontava como elemento imprescindível.

Nesse sentido, de grande significação foi a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos em 1981, aprovada em Nairobi, Quênia, a Conferência Internacional Sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo em 1972 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre os Direitos Humanos concluído em 17 de novembro de 1988 em El Salvador.

Fortemente influenciada pelas diversas declarações dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988, recepcionou em seu texto a mais nova geração dos direitos humanos fundamentais, quais sejam o direito a paz e ao meio ambiente sadio, reconhecendo, assim, o ambiente como valor merecedor de tutela. Dessa forma, exsurge o direito ao meio ambiente sadio como corolário do direito de acesso à água potável, de modo que para que esse seja possível, é preciso a proteção dos mananciais hídricos contra as agressões que põem em risco sua qualidade e quantidade.

Embora detentor de aproximadamente 12% da água doce do planeta, o Brasil vivencia o que se convém denominar de escassez qualitativa de suas reservas hídricas, eis que seu desenvolvimento industrial e econômico se deu de forma despreocupada com o meio ambiente, respaldada na falsa noção de infinitude de muitos dos seus recursos.

O incremento nos processos de produção aliados às infindáveis necessidades humanas, marca da sociedade pós-moderna, não somente possibilitou um maior conforto e bem-estar aos indivíduos, mas também promoveu um aumento considerável na produção de novos riscos. Assim, concomitantemente à aceleração da produção de riquezas baseada na cultura do desperdício e da quantidade, acelerou-se a produção de resíduos que dificilmente serão suportados pela natureza.

Nesse sentido, as empresas exercem o papel de *vilãs*, pois o poder destrutivo de suas atividades compromete, e muito, a salvaguarda do equilíbrio do ecossistema e, conseqüentemente, a própria saúde e vida da pessoa humana.

Com efeito, a poluição constitui-se em autêntico fator limitante do pleno gozo do direito fundamental de acesso à água potável, eis que o comprometimento de sua qualidade ou quantidade inviabiliza tanto o consumo humano, quanto à manutenção do equilíbrio do ecossistema.

Desse modo, baseado no princípio da precaução e prevenção foi promulgada a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, cujo objetivo primeiro é coibir a prática de conduta que cause poluição de qualquer natureza, em níveis que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou na mortandade de animais ou destruição significativa da flora. Além disso, alheio às formas do direito penal clássico ou tradicional, o legislador ordinário fundamenta, por meio desses dois princípios, a adoção em larga medida dos tipos de perigo e das normas penais em branco.

Como em muitos outros campos de estudo, a adequada resposta à questão de que forma a sanção penal, tal como prevista na Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, pode contribuir para implementação do direito de acesso à água potável, não se projeta num único sentido, mormente porque o direito penal moderno mudou. À sanção, além do caráter retribucionista, foram acrescidos os fins da prevenção geral e especial.

Também a noção de bem jurídico foi alterada em razão do surgimento de bens de conteúdo amplo e de titularidade difusa cuja proteção se impõe, a exemplo de bens ambientais tais como a água potável. Todavia, isso se dará de maneira distinta do paradigma tradicional, eis que reclama por uma série de adequações ligadas à flexibilização dos critérios de imputação e à ampliação da esfera de intervenção.

Muito embora muitos afirmem não ser o direito penal o ramo do direito mais adequado e legítimo à tutela dos bens supra-individuais, mas o direito administrativo ou civil, não se pode dispensá-la em face de certas condutas que constituem potencial ameaça às condições de existência do homem e dos demais seres vivos no planeta. Outrossim, é inevitável o reconhecimento da menor capacidade de sancionamento do direito civil e do direito administrativo.

Todavia, tem-se que a proteção do ambiente deverá ser regulada precipuamente por normas e instituições de direito administrativo, cabendo ao direito penal tão-somente uma incursão subsidiária, *ultima ratio*. Assim, a proteção penal deverá recair sobre um bem jurídico fundamental somente se a utilização, hipotética ou real, de todos os meios jurídicos

não for suficiente para alcançar a defesa do bem, portanto, insurgir-se-á o direito penal sobre as lesões as mais graves.

Assim sendo, uma vez reconhecida a água potável como um bem jurídico constitucionalmente relevante, exsurge o direito penal como instrumento eficaz de sua tutela, cujas penas podem ultrapassar o efeito meramente reparatório e retributivo, na medida em que pode ser direcionada à implementação de direitos fundamentais, mormente do direito de acesso à água potável.

Isso será possível por meio da aplicação de pena ou medida alternativa de prestação de serviços à comunidade, a mais significativa sanção proposta pela Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Isso porque, sua natureza patrimonial-social fundamenta-se em serviços que deverão ser realizados em obras públicas, em comunidades, em entidades assistenciais e educacionais. Revelando, assim, um grande interesse social e comunitário, além de atribuir à sanção uma funcionalidade inexistente na hipótese de cerceamento de liberdade.

Desse modo, além da reparação do dano, aplicar-se-á a pena restritiva de direito ao autor do delito ambiental visando permitir a viabilidade do exercício do direito de acesso à água às populações que sofrem com sua escassez (quantitativa ou qualitativa), que poderá ser proposta por intermédio da transação penal, como condição para suspensão condicional do processo e na hipótese de cabimento da suspensão condicional da pena.

Resta, no entanto, evidenciar de que forma poderia a prestação de serviço à comunidade implementar o direito de acesso à água. Visando oferecer uma resposta que seja útil e facilmente aplicável, propõe-se nesse estudo a adoção de medidas simples tais como a difusão da educação ambiental nas comunidades e no interior das organizações, em se tratando de pessoa jurídica; a construção de cisternas em regiões afligidas pela escassez quantitativa, o monitoramento e tratamento de suas águas, assim como, nas hipóteses de escassez qualitativa, propõe-se a reconstrução das matas ciliares, a oxigenação da água contaminada, e em último caso, quando não for possível a adoção de medida de efeitos mais duradouros, o fornecimento de água potável à população por meio de carros-pipa.

Assim, para que de fato seja possível servir a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água potável, faz-se imprescindível um trabalho conjunto entre o Poder Judiciário, Ministério Público e demais entes diretamente envolvidos em ações voltadas para a preservação, salvaguarda e manutenção da água potável, tais como as diversas ONGs, Secretarias de Meio Ambiente, dentre outros, em razão da natureza multidisciplinar do tema.

Não se pretende com o presente estudo esgotar o tema proposto, mas tão-somente abrir cominhos para novas alternativas à pena, atribuindo-lhe funcionalidade e permitindo ao autor do delito ambiental uma forma de não apenas reparar o dano causado, mas, principalmente, de adquirir uma nova consciência acerca da necessária manutenção da qualidade e quantidade da água potável, em razão de sua indispensabilidade à vida no planeta.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro. Suspensão cautelar das atividades da pessoa jurídica em razão de crimes ambientais. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 49, ano 13, p. 217-227, jan/mar. 2008.

ACHKAR, Azor El. **A compensação ambiental da lei nº 9.985/00**: fundamentos e natureza jurídica. 2007. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ALVES, Júlia Falivene. **Metropólis: cidadania e qualidade de vida**. 9. ed. São Paulo: Moderna, 1992.

ANÓN ROIG, Maria José. **Necessidades y derechos**: um ensayo de fundamentación. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Selma Regina. **Direitos humanos: do mundo antigo ao Brasil de todos**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2008.

ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. A categoria acautelatória da responsabilidade ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 25-67, abr/jun. 2006.

BARATA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico, **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 2, n. 5, p. 5-23, jan/mar. 1994.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Paulo; BRITO, Brenda. A eficácia da aplicação da lei de crimes ambientais pelo IBAMA para proteção de florestas no Pará. Disponível em: <www.unifap.br/ppgbio/ppgbio2007/Brito.pdf>. Acesso em: 8 de janeiro de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: renovar, 1996.

BARTÓLI, Márcio. Sobre a aplicação da pena de multa. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 3, n. 12, p. 138-143. out/dez. 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, LASH, Scott (autores). **Modernização reflexiva**. Tradução Magna Lopes. Revisão técnica de Cebele Saliba Rizek. São Paulo: UNESP, 1997.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira In: (Org.). CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BÍBLIA Sagrada. 62. ed. São Paulo: Ave Maria, 1988.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: (Coord.) Luiz Flávio Gomes. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisionais e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. (Coleção temas atuais de direito criminal)

BITENCOURT, Cezar Roberto. Transação penal e suspensão do processo à luz da Lei 9.605/1998. **Boletim IBCCrim**, n. 73. 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. 1988. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.67.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.46.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.34.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.91.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.brasilimperial.org.br/const1824.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a política nacional de educação ambiental e das outras providências. Brasília, 1999.

BRASIL. Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1998. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília, 1998.

BRASIL. Lei n. 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. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS?L9605.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 fev. 2008.

BRASIL. Lei n. 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. **Vade Mecum acadêmico de direito**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/DCL2848compilado.htm>>. Acesso em: 8 set. 2008.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. Portaria n. 1.469, que dispõe sobre o controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário RE 271286 / RS. AIDS/HIV. Distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes. Legislação compatível com a tutela constitucional da saúde (Constituição Federal, artigo 196). Precedentes do Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça**. 23 ago. 2000. p. 52.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2008.

CARRASQUILLA, Fernadéz. **Concepto y imites del derecho penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CAUBET, Christian Guy; Domínio da água ou direito à água? Rivalidades nas relações internacionais do século XXI. In: NASSER, Salem Hikmat; REI, Fernando. (Org.). **Direito Internacional do Meio Ambiente. Ensaio em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. São Paulo: Atlas, 2006.

CHACON, Mario Pena; CRUZ, Ingrid Fournier. Derechos humanos y medio ambiente. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, jul/set. 2005.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Comitês de Bacias Hidrográficas. As bacias hidrográficas em Sergipe. Disponível em: <[http://www.semarh.se.gov.br/comitesbacias./modules/tinyd0/index.php?id=20](http://www.semarh.se.gov.br/comitesbacias/modules/tinyd0/index.php?id=20)>. Acesso em: 23 abr. 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 265.

CONFERÊNCIA GERAL da Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura, reunida em Paris, de 17 de outubro a 21 de novembro de 1972. Convenção para Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural. UNESCO:1972. Disponível em: <http://www3.unesco.org.br/areas/cultura/areastematicas/acaonormativa/mostra_padrao>. Acesso em: 17 de mar. 2008.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://tex.pro.br/wwwoot/curso/processoeconstituicao/documentos/pactosanjosedaconstarica.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2008.

COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

CORDEIRO NETO, Oscar de M.; TUCCI, Carlos E. M.; HESPANHOL, Ivanildo. **Gestão da água no Brasil**. Brasília: UNESCO, 2001.

COUTINHO, L. As pragas da Amazônia. **Revista Veja**, n. 1.926, ano 38, v. 41. São Paulo: Abril, 2005. p. 102-112.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. (Coleção Polêmica)

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/declaracao_america_dir_homens.htm>. Acesso em: 20 jul. 2008.

Declaração Universal dos Direitos da Água. Disponível em: <<http://www.ambientebrasil.com.br/composer.php3?base=./agua/doce/index.html2conteudo=./agua/declaraoagua.html>>. Acesso em: 19 set. 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – volume comemorativo, n. 75. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERNANDEZ, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do Direito Penal**: Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomes, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Sobre el papel cívico y político de la ciência penal em el estado constitucional de derecho. Conferência realizada no dia 05 de setembro de 1997, em ocasião do recebimento do título de Doutor *honoris causa* pela Universidade de Buenos Aires, Tradução de Mary Belofi, revisada pelo autor, Buenos Aires. NDP, 1998.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais a luz do conceito de bem jurídico-penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRM, 2008.

FIGUEIREDO, Luciano L. O papel do direito penal na sociedade pós-industrial: um estudo acerca do bem jurídico. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito Universidade Federal da Bahia**, n. 14, 2007.

FILIPETO, Rogério. Prestação de serviços à comunidade. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 2, n. 7, p. 140-153. jul/set. 1998.

FONSECA, Adilson. Poluição matou os rios de Salvador. **A Tarde**, Salvador, 16 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/cidades/noticia.jsf?id=594284>>. Acesso em: 2 dez. 2008.

FOPPEL, Gamil. Direito à vida. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Org). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**: de acordo com a lei 9.605/98. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 475.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho Penal**: introdución. Madri: Universidad Complutense, 1995.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

GOMES, Luiz Flavio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Série as ciências criminais no século XXI). v. 13.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrine *et al.* **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099 de 26.09.95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Filosofia do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 6, n. 22, p. 27-35, abr/jun. 1998.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradução Patrícia S. Ziffer. Colômbia: Universidad de Externado de Colômbia, 1998.

HASSEMER, Winfried. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos**: gênese dos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HINKELARMMERT, Franz J. **As armas ideológicas da morte**. São Paulo: Paulinas, 1983.

Instituto de Gestão das Águas e Clima – INGÁ Disponível em: <http://www.inga.ba.gov.br/modules/pico/index.php.content_id=1>. Acesso em: 10 jan. 2009).

Israel Minidtry of foreing affairs. **O Estado de Israel**. Disponível em: <www.mfa.gov.il/MFAPR/Facts%20About%20Israel/HIST%83RIA-%20O%20Estado%20de%20Israel>. Acesso em: 2 fev. 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Tradução José Luís Manzanares Samaniego. 4. ed. Espanha: Comares, 1993.

KYLE, Linda Dee. **Transação Penal**: revisão crítica à luz do acesso à justiça. Curitiba: Juruá, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil**: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade do risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEOPOLD, Luna B. **Água**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1982.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências políticos criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos**: Direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MALUCELLI, Marcelo. Tutela penal das águas. In: Vladimir de Passos Freitas (org.). **Águas – aspectos jurídicos ambientais**. 3. ed. São Paulo: Juruá, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O Ministério Público e a tutela dos recursos hídricos. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 9-23, out/dez, 2005.

MARTINEZ, Adriana Norma; MINAVERRY, Clara. El derecho humano universal de acceso al agua verus sus beneficios económicos. **Revista eletrônica de derecho ambiental de la Universidad de Sevilla**, n. 17, jul. 2008. Disponível em: <http://vlex.com/source/512/issue_nbr/%2317>. Acesso em: 2 fev. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Edís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Edís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 9, n. 3, p. 9-41, out/dez. 2004.

MILLER JUNIOR, G. Tyler. **Ciência ambiental**. Tradução All Talks. 11. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Aula ministrada no curso de pós-graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal da Bahia, em Salvador, em agosto de 2007 (Comunicação verbal).

MINAHIM, Maria Auxiliadora. A preservação da vida em face da biotecnologia: inserção de novas antinomias no direito penal, **Ciências penais**: revista da associação brasileira de professores de ciências penais, v.3, p. 111-112, jul/dez. 2005.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Ministério do Meio Ambiente. Caracterização geral do estado – BA. Disponível em: <http://atlas_nordeste.ana.gov.br/atlas_nordeste/ba.aspx>. Acesso em: 22 jan. 2009.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOLITOR, Ulysses Monteiro. A *ratio* do tipo penal ambiental e os fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista IMES**, ano VIII, n. 13, p. 9-27, jul/dez. 2007.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) na sociedade do risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Juizados especiais criminais**. Salvador: Juspodivm, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NORONHA, E Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

NUNES, Luís Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: teoria e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

O fenômeno da maré vermelha. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/biologia/maré-vermelha.htm>>. Acesso em: 27 set. 2008.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: ecologia à prova do direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. (Coleção Direito e Direitos do Homem).

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito penal**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Método, 2008.

PETRELLA, Ricardo. **O manifesto da água**: argumentos para um contrato mundial. Tradução Vera Lúcia Mello Joscelyne. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Sobre a tipificação da poluição em face do princípio da legalidade. **Revista de ciências penais**, Salvador, n. 5, p. 160-187. 2006.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal ambiental**: problemas fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-52.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e direito penal brasileiro. **Revista da associação brasileira dos professores de ciências penais**, ano 2, n. 2, p. 70-81, jan/jun. 2005.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REBELO FILHO, Wanderley; BERNADO, Christianne. **Guia prático de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Proteção dos recursos hídricos. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 8, n. 32, , p. 33-51, out/dez. 2003.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha *et al.* **Águas doce do Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 2002.

ROCHA, Ailton Francisco da. Informações sobre bacias hidrográficas do estado de Sergipe. 2003 (comunicação verbal).

ROCHA, Júlio César de Sá da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

ROSENBLAT, Paulo. Limitações constitucionais a instituição de contribuição de intervenção ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 36, p. 168-192. 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A constituição ecológica. (Orgs) KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Vírginia Prado. In: **Desafios do direito ambiental no século XXI** – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 7 de março de 2002, no encerramento do congresso de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. TraduçãoDiego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Garcia Conclado e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas. 1997.

SAGRILLO, Ângela Aparecida Forti. Obrigatoriedade da educação ambiental para a educação infantil no âmbito do direito educacional brasileiro. **UNESC em revista**, v. 8, n. 17, p. 85-108, jan/jun. 2005.

SANTANA, Heron José de. Meio ambiente e reforma tributária: justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 33. p. 9-32, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHEIBE, Virgínia Amaral da Cunha. O regime constitucional das águas. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 207-218. jan/mar, 2002.

SCHUNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. In: **Libro homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad da Venezuela, 1998.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

Secretaria de Estado do Planejamento e da Ciência e Tecnologia – SEPLANTEC. Superintendência de Recursos Hídricos – SRH. **Gestão participativa das águas do rio Sergipe**. Aracaju, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA JÚNIOR, Iveraldo da. A educação ambiental como meio para a concretização do desenvolvimento sustentável, **Revista de direito ambiental**, ano 13, n. 50, p. 102/113, abr/jun. 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série as ciências criminais no século XXI). v. 1.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 12, n. 46, abr/jun. 2007.

SILVA, Roberto Marinho Alves da. **Entre o combate à seca e a convivência com o semi-árido**: transições paradigmáticas e sustentabilidade do desenvolvimento. Fortaleza: Banco do Nordeste do Brasil, 2008. (Série BNB teses e dissertações).

SILVA, Solange Teles da. Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 48. p. 225-245. 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção ciência do direito penal contemporânea). v. 3.

SIMÕES, Joni Victória. Crimes ambientais. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Condenação. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, ano 10, n. 39, jul/set. 2005.

SIRVINKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. Meio ambiente e cidadania. **Revista do Instituto de Pesquisas e estudos**, São Paulo, n. 35, ago/nov. 2002.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. **A criminalidade genética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SOUZA, Suzani Cassiani de; SOUZA, Carlos Eduardo Pillaggi de. Se a linguagem e os pensamentos são humanos... é possível fugir do antropocentrismo? In: BRÜGGER, Paula *et al.* (Org.) **Tecendo subjetividades em educação e meio ambiente**. Florianópolis: NUP/CED/UFSC, 2003. (coleção cadernos CED). v. 6.

SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2001.

TELLA, Maria José Falcón y; TELLA, Fernando Falcón y. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução Claudia de Miranda Avena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TEOTÔNIO, Luis Augusto Freire. **Suspensão Condicional da Pena e Livramento Condicional**: Dupla punição no direito brasileiro. RT 662 – Dezembro 1990. RT. SP/SP. 1990.

TIEDMANN, Klaus. **Leciones de derecho penal econômico**: comunitário, espanhol, alemão. Barcelona: PPU, 1993.

UNESCO – **Programa Hidrológico Internacional (PHI)**. 2003. Água: recurso único, prioridade absoluta. Disponível em: <www.unesco.pt/cgi-bin/ciencia/temas/cie_tema.php?t=19>. Acesso em: 19 jan. 2008

VON LISZT, Franz. **La teoria dello scopo nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1962.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução Bustos Ramírez e Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica do Chile, 1970.