

# O Dano Ambiental e a Responsabilidade

Francisco José Marques Sampaio

Procurador do Município do Rio de Janeiro

## 1. INTRODUÇÃO

Nos dias que vivemos, a preocupação com a proteção ao meio ambiente atingiu níveis nunca antes imaginados. Povos e governantes de todo o mundo voltam-se para o problema com grande afinco, na tentativa de reverter — ou, ao menos, retardar — o processo de degradação ambiental por que passa o Planeta e que já ameaça, perigosamente, a continuação da vida na Terra em futuro próximo.

Verificam-se, nas diversas áreas de atuação e expansão do conhecimento, esforços redobrados no sentido de se desenvolverem novos métodos de compatibilizar as necessidades e as atividades humanas com a manutenção do equilíbrio ecológico, a conservação da natureza e a preservação da saúde das populações.

No campo das ciências químicas, físicas e biológicas é notório o esforço empreendido por cientistas de muitos países para lograr êxito na árdua tarefa de inventar tecnologias capazes de alterar os sistemas produtivos, de modo que se tornem menos agressivos ao meio ambiente e capazes de contribuir para a verdadeira criação do chamado desenvolvimento econômico auto-sustentado, o ecodesenvolvimento.

Como não poderia deixar de ser, o Direito, como ciência normativa e reguladora das relações sociais, possui importante papel a desempenhar na verdadeira batalha em que definitivamente se engajou o homem na luta por sua sobrevivência como espécie.

As principais tarefas da ciência jurídica no apoio a esse esforço em que se empenham os povos consistem, basicamente, em primeiro lugar, em estabelecer normas que prevejam e desencorajem condutas consideradas nocivas aos objetivos colimados de proteção e recuperação do meio ambiente e de sua compatibilização com as atividades cotidianas do homem.

Além disso, deve também criar, por meio da lei, estímulos ao desenvolvimento de atividades e condutas que contribuam para o alcance dos

fins considerados de interesse público, no que se refere à melhoria das condições ambientais e da qualidade de vida.

Finalmente, para completar o quadro de funções a serem desempenhadas pelo Direito, devemos considerar que, em face do caráter coercitivo de que se revestem as normas jurídicas, cabe-lhe estabelecer mecanismos para a sanção das condutas comissivas e omissivas que infrinjam ou desrespeitem comandos legais erigidos com vista aos fins de interesse público antes referidos. Em outras palavras, essa última função é a de promover a **responsabilização** dos agentes infratores da lei.

É sabido que a violação de um preceito normativo pode dar origem a sanções de diversas naturezas, a cada uma correspondendo um tipo de responsabilidade, que pode ser penal, administrativa, civil e, em certos casos, até mesmo política. Cada uma dessas modalidades tem objetivos peculiares, e os meios de atingir tais objetivos, isto é, as sanções a serem aplicadas aos violadores do direito positivo, conseqüentemente, diferem.

No âmbito do presente trabalho nos ocuparemos, em primeiro lugar, de aspectos gerais relacionados ao tratamento constitucional da responsabilidade por danos ambientais e, num segundo momento, de modo mais específico, da responsabilidade civil a que estão sujeitos aqueles que prejudicam as finalidades de interesse comum de manutenção do equilíbrio ecológico e de preservação do patrimônio público ambiental, ou seja, os causadores de **danos ambientais**.

A responsabilidade civil, sabe-se, é, dentre as diversas espécies do gênero, a que visa à reconstituição da situação existente antes da ocorrência do fato causador do dano. Assim sendo, no campo do direito ambiental sua importância sobressai, pois é manifesto que tanto melhores serão as condições do meio ambiente — que a todos preocupam — quanto mais eficazes forem os mecanismos utilizados para promover a recuperação sempre que sua integridade for lesada, evitar que os danos ocorram.

A grave situação em que se encontra o Planeta faz com que se torne indispensável que os danos ambientais sejam reparados com rapidez e de modo adequado e integral, para que o quadro geral de degradação das já precárias condições em que a vida é sustentada não sejam ainda mais comprometidas, sob pena de se configurar um cenário de irreversibilidade que comprometeria o futuro da humanidade para sempre.

Acreditamos, portanto, que no quadro geral das modalidades existentes de responsabilidade e das finalidades que elas supostamente pretendem atingir, quais sejam, a de punir o causador do dano, a de reparar o

dano e a de evitar que novos danos venham a ocorrer, a responsabilidade civil possa ser o mais eficaz e completo instrumento de atuação para enfrentamento do complexo problema do dano ecológico.

As demais modalidades, isto é, as responsabilidades penal e administrativa não são capazes de abranger as três finalidades supramencionadas como o é a responsabilidade civil. Se a responsabilidade penal serve para punir o causador do dano e, outrossim, para desestimular novas condutas lesivas do próprio agente ou de terceiros, é inquestionável que ela não se presta à reposição das coisas ao estado em que se encontravam antes da ocorrência do dano. O mesmo pode ser dito em relação à responsabilidade administrativa da qual resultam as sanções da mesma natureza, cuja finalidade precípua é a de servir como instrumento de realização da atividade estatal de exercício do poder de polícia, nos limites e conteúdo que lhe são atribuídos pela doutrina e pelo direito positivo, como previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional.

Já a responsabilidade civil atua no âmbito das três finalidades visadas pelo ordenamento jurídico com desenvoltura praticamente equivalente. Ela é, portanto, em certo sentido, mais completa que as outras duas, sem que, com isso, se desmereça a utilidade das demais espécies de responsabilidade, que igualmente possuem importante papel a desempenhar dentro de suas respectivas características e propósitos.

Para que o instituto da responsabilidade civil possa ser desenvolvido em toda a sua extensão e explorado em todo o potencial que possui a serviço da proteção ao meio ambiente e alcance integralmente os objetivos a que propõe, é preciso que seja estudada a aplicação de seus princípios gerais ao caso do dano ambiental.

No presente trabalho pretendemos trazer à luz problema de relevo concernente à responsabilidade civil por danos ambientais e para ele propor uma solução, tendo sempre em consideração os princípios legais e doutrinários aplicáveis que regem a teoria geral da responsabilidade civil no direito brasileiro e recorrendo à doutrina e à jurisprudência pátrias, bem como ao direito comparado, para que o esforço desenvolvido seja o mais proveitoso possível.

## 2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS DIVERSAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL

O parágrafo terceiro do artigo 225 da Constituição Federal cuidou de elevar ao plano constitucional a responsabilidade dos causadores de danos

ecológicos. Como deixa claro o dispositivo, essa espécie, à qual se aplicam as regras da teoria geral da responsabilidade, pode dar origem, cumulativamente, ou não, dependendo do caso, a sanções de natureza administrativa, civil e penal. Uma, em regra, independe da outra, tal como sucede na teoria dos atos ilícitos em geral.

A história dos danos ao meio ambiente e da destruição da natureza é antiga. Como disse PATRICK GIROD em sua obra pioneira sobre a matéria, "*le dommage écologique — c'est-à-dire le dommage causé aux personnes ou aux choses par le milieu dans lequel elles vivent — a toujours existé.*"(1)

Apesar de os danos ambientais coincidirem com a própria existência do ser humano na face da Terra, só mais recentemente se vem dedicando maior atenção ao assunto. Assim ocorre porque os milhares de desastres ecológicos verificados no Planeta, a atitude eminentemente predatória e agressiva do homem em relação à natureza, ao longo de séculos, bem como a invenção e o uso corrente de tecnologias cada vez mais aptas a dominá-la e destruí-la fizeram com que a situação ecológica mundial se agravasse a tal ponto, que já se afirma, nos dias que correm, que a grave situação ambiental é irreversível e sua forçosa evolução levará à inabitabilidade da Terra, pelo esgotamento dos recursos naturais imprescindíveis à manutenção da vida em suas diversas espécies.

Para viabilizar a solução de tal problema, faz-se indispensável verdadeira cooperação entre governos e povos de todos os países. No plano interno, cada país pode melhor enfrentar as dificuldades que o atingem mediante regras que adaptem, entre outras coisas, o uso dos recursos naturais, a ocupação dos grandes centros urbanos e a produção à necessidade de conservação ambiental. A par disso, é mister que se estabeleçam mecanismos jurídicos eficientes para responsabilização dos que transgredirem as normas relativas à matéria em detrimento da coletividade. Essa última providência assume especial relevo no que se refere à obediência à regulamentação das atividades produtivas, especialmente as indústrias, que, por sua própria natureza, são as que mais afetam o meio ambiente.

De acordo com PATRICK GIROD, "*c' est en règlement la fabrication et la diffusion des produits, en fixant des accords de branche entre l' industrie et les pouvoirs publics, en définissant dans le cadre d' une coopération internationale des normes échelonnées, qu' il paraît le mieux répondre au réalisme exigé des circonstances.*" (2)

Em nível de direito constitucional comparado, vale fazer referência ao **apartado 3** do artigo 45 da Constituição espanhola, segundo o qual **“para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el dano causado.”** (3) referindo-se às sanções a que ficará sujeito quem violar o dever de não degradar o meio ambiente. Vale notar a semelhança entre o dispositivo constitucional espanhol e o símile do direito pátrio, no que se refere à cumulabilidade de sanções administrativas, civis e penais, em matéria de dano ambiental.

Não se pode duvidar de que as medidas preventivas do dano ecológico se fazem de todo imprescindíveis, devendo-se deixar para a esfera da responsabilização **a posteriori** tão-somente aquelas situações em que o dano não pode ser evitado.

Para enfrentar os casos em que a ocorrência do dano ambiental é, em certo grau, decorrência inevitável da atividade industrial, foi desenvolvido o chamado **“principe pollueur — payer”** (PPP), segundo o qual o dano ecológico deve ser ressarcido por quem dele se houver beneficiado, seja o próprio causador do dano ou o adquirente do produto para cuja fabricação foi provocado o dano. Este último, ao adquirir o produto, paga o valor acrescido do custo ambiental.(4)

O referido princípio, adotado em diversos países após a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, resultou exatamente do esforço desenvolvido para minorar os efeitos negativos de impactos ambientais inevitáveis, decorrentes das atividades normais da sociedade de produção e consumo em que vivemos.

O sentido do princípio do poluidor-pagador é o de que quem de alguma forma se utiliza dos recursos naturais ou contribui para a degradação ambiental deve pagar importância proporcional a sua contribuição. Tal pagamento é calculado com base no custo de recomposição do bem lesado pelo pagador. Para estimar economicamente o valor de um bem ambiental, devemos conscientizar-nos, antes de mais nada, de que os recursos naturais vêm sendo utilizados com tal intensidade pelo homem, ao longo da História, que se tornam escassos, passando, assim, a ter conteúdo econômico apreciável.

A cobrança do custo ambiental ao poluidor é expressa no artigo 14, parágrafo primeiro, da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabe-

leceu a obrigação de indenizar, independentemente da existência de culpa, o dano ambiental e o causado a terceiros afetados por sua atividade.

Muito embora o legislador haja adotado a sistemática de imputar ao causador do dano o custo ambiental, é compreensível que, em muitos casos, o aludido custo seja repassado ao consumidor final da mercadoria em cuja produção ocorreu o dano. Haverá portanto, muitas vezes, o repasse do custo ambiental.

Não obstante tal repasse provocar o encarecimento do produto, julgamos que essa desvantagem ficará amplamente compensada pelos benefícios que advirão do ingresso de recursos destinados à recomposição das lesões sofridas pelo meio ambiente e à renovação dos recursos naturais utilizados. Em ambos os casos, a longo prazo, tais providências evitarão encarecimento ainda maior dos produtos, provocado pela escassez de bens de produção, inclusive de matérias-primas, isso sem se mencionar o direito de todos a um meio ambiente saudável e a uma digna qualidade de vida, valores que se encontram, no plano político, ético, moral e jurídico, acima de quaisquer outros, como deixa claro o próprio sentido do texto constitucional.

A cobrança do custo ambiental deve abranger tanto o da reconstituição dos bens lesados, conforme dissemos, como o do exercício de poder de polícia pelo Estado, inclusive no que se refere à manutenção de instalações e equipamentos para pesquisa, fiscalização e monitoramento das fontes de degradação ambiental. A referida cobrança deve ser, ainda, agravada quando se tratar da utilização de recursos ambientais “além dos limites legalmente permitidos. A sanção correspondente às atividades antijurídicas deve permitir não só a regeneração ambiental, como também atuar como forma desalentadora de sua ocorrência”, segundo bem lembra SÉRGIO ROXO DA FONSECA. (5)

O mesmo estudioso afirma que os instrumentos de cobrança do custo ambiental podem ser classificados “em quatro categorias: a) a polícia administrativa; b) a imposição tributária; c) a concessão de incentivos fiscais; d) a via judicial.” (6) Esta última categoria, mais diretamente relacionada ao tema de que estamos aqui tratando, será analisada com mais minúcia ao abordarmos, adiante, a responsabilidade civil por danos ecológicos.

Ainda com relação ao princípio de que “quem polui paga”, devemos enfatizar que o fato de se estipular, por meio de lei — sob a forma de uma ou de diversas categorias a que fizemos menção — o pagamento do custo de utilização dos recursos naturais ou da degradação ambiental não torna legítima a atividade lesiva, ou dispensável a sua prevenção.

Concordamos, nesse particular, com o ponto de vista preconizado por PAULO AFFONSO LEME MACHADO, para quem "há sempre o perigo de se contornar a maneira de se reparar o dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar "poluo mas pago". Ora, o princípio "poluidor-pagador" que está sendo introduzido em direito internacional não visa a coonestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico fique sem reparação." (7)

A cumulatividade de sanções aos infratores de normas de proteção e preservação ambientais é comum nos ordenamentos jurídicos de outros países. A par do dispositivo da Constituição espanhola, a que fizemos menção, há diversas legislações estrangeiras que dispõem do mesmo modo.

No direito italiano TOMMASO ALIBRANDI e PIERGIORGIO FERRI nos lecionam que "il regime per l' inosservanza delle prescrizioni in materia di beni culturali ed ambientali si articola in un duplice ordine di sanzione: sanzioni amministrative e sanzioni penali".(8)

As sanções administrativas devem ser impostas aos infratores das normas de proteção ambiental pelo Poder Público em nível federal, estadual ou municipal, todos no exercício regular de seu poder de polícia, não importando, para esse fim, qual seja a fonte de que provenha a norma violada. Poderá mesmo ser exercido por um dos entes federativos em relação a outro, devendo-se acrescentar, a título de ilustração, que há decisão da Justiça do Estado do Rio de Janeiro reconhecendo como legítimo embargo administrativo feito pelo Município do Rio de Janeiro ao aterro de uma lagoa, que, formalmente licenciado pela Administração Pública Estadual, estava a causar sérios danos ambientais.

A legislação ordinária em vigor e suas respectivas regulamentações prevêm um conjunto de sanções que podem ser inflingidas aos poluidores e aos causadores de degradação ambiental. Não obstante tratar-se de matéria que transcende o objeto deste trabalho, podemos citar, a título exemplificativo, o disposto nos artigos 14, 15 e 16 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Os referidos dispositivos prevêm sanções como multa simples ou diária, perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais e de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito, e suspensão da atividade causadora do dano.

Na Itália, o sistema sancionatório conta com apenações administrativas de três espécies, que, de acordo com TOMMASO ALIBRANDI e PIERGIORGIO FERRI, são as seguintes: "Devono essere qualificate come

sanzioni amministrative: a) l' obbligo di eseguire i lavori ritenuti necessari per riparare i danni prodotti alla cosa dalle trasgressioni alle disposizioni contenute negli artt. 11, 12, 13, 18, 19, 20 e 21 della l. 1 giugno 1939, n. 1089 (art. 15 della l.29 giugno 1939, n. 1497); c) l' obbligo di corresponsione allo Stato di una somma (indennita), che, nel caso di cose di interesse artistico o storico, e pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla cosa stessa per effetto della trasgressione, mentre, nel caso di cose di interesse paesistico, e equivalente alla maggiore somma tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la commessa trasgressione." (9)

É interessante notar que a terceira das espécies de sanções administrativas relatadas pelos citados juristas italianos possui, em verdade, uma natureza civil, pois se consubstancia no pagamento ao Estado de uma indenização pelo dano verificado. No caso de dano a um bem de interesse paisagístico, o valor de tal indenização corresponderá ao maior valor entre o do dano ocorrido e o proveito obtido com a conduta ilícita.

O exercício do poder de polícia em matéria ambiental pode ser entendido, de acordo com PAULO AFFONSO LEME MACHADO, como "a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização, permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza." (10)

A responsabilidade civil por danos ambientais, consistente na obrigação de reparar os danos causados, já se encontrava prevista no parágrafo primeiro do artigo 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, cujo artigo 4º inciso VII, a estabeleceu como uma das metas da política nacional do meio ambiente. Conforme dispõe o antecitado preceito normativo, trata-se de responsabilidade objetiva, isto é, modalidade na qual a caracterização prescinde da existência de culpa na conduta do agente causador do dano. São suficientes para tornar obrigatória a reparação civil do dano ambiental a ocorrência do dano, a existência de uma conduta comissiva ou omissiva que o tenha provocado, a comprovação da autoria do fato que a ele deu origem e o nexo de causalidade entre ambos, não importando, para esse fim, que a atividade degradadora seja, ou não, ilícita e licenciada pelos órgãos competentes. Difere, portanto, da responsabilidade civil subjetiva, prevista no artigo 159 do Código Civil. Justifica-se que assim seja porque o causa-

dor do dano ambiental deve responder em vista do risco provocado por sua atividade. Caso contrário, o poluidor poderia “pretender sua irresponsabilidade pelos danos por estar exercendo atividade licenciada pelo Poder Público, ou pelas dificuldades técnicas e financeiras para evitar a emissão poluente”. (11)

Conforme consta do parágrafo primeiro do artigo 225, os Estados possuem competência concorrente à da União para legislar sobre a matéria, como previsto no artigo 24, inciso VIII, da Constituição. Devem ser observados, contudo, os limites estabelecidos nos parágrafos primeiro a quarto do mesmo artigo. Podem os Estados, no âmbito de sua competência suplementar, editar regras adicionais sobre o assunto, como, por exemplo, para obrigar “a prestação de caução para a realização de uma atividade perigosa para o meio ambiente”.(12)

A adoção da responsabilidade objetiva para danos ambientais também já existia no direito comparado, especialmente em nível de legislação ordinária. Países como a França, a República Federal da Alemanha, a Suécia, o Japão, os Estados Unidos da América do Norte e a Itália a estabeleceram em seus respectivos ordenamentos jurídicos. (13)

O jurista francês PATRICK GIROD sustenta que a adoção da responsabilidade objetiva para danos ecológicos advém tanto da responsabilidade nascida do fato das coisas quanto da proveniente da teoria do risco. (14)

No Brasil, diversas manifestações doutrinárias vieram em defesa da adoção da responsabilidade objetiva por danos ambientais, o que muito contribuiu, é claro, para que isso se tornasse direito legislado. SERGIO FERAZ, em conhecido estudo sobre o tema, assim se manifestou: “Não se fará, seguramente, qualquer passo à frente, no tema da responsabilidade pelo dano ecológico, se não compreendermos que o esquema tradicional da responsabilidade subjetiva, da responsabilidade por culpa, tem que ser abandonado.”(15)

A responsabilidade por danos ecológicos pode ser levada a termo, no âmbito do direito civil, por meio da ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347/85. Observe-se que, como previsto no aludido diploma legal, tal ação pode ser igualmente utilizada para prevenir lesões ao meio ambiente, o que é de todo conveniente, na medida em que muitas vezes esse tipo de dano é de difícil, se não impossível, reparação. Havendo necessidade de reparação, ela deve consistir, primordialmente, na própria reconstituição do bem lesado e somente se recomenda sua transformação em indenização pecuniária caso aquela providência não seja viável.

A ação civil pública vem sendo utilizada em grande amplitude pelos Ministérios Públicos da União e dos Estados. Não obstante as pessoas jurídicas de direito público em geral — com exceção, é claro, dos partidos políticos — e suas respectivas entidades da administração descentralizada serem também legitimadas para a propositura da referida ação, conforme prevê o artigo 5º **caput**, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, nota-se que seu desempenho nesse particular deixa ainda bastante a desejar, na grande maioria das unidades da Federação, sendo o número de ações por elas ajuizadas muito reduzido.

No que se refere às associações civis que atuam na área de proteção ambiental — as assim chamadas “ONGs”, ou seja, “organizações não governamentais” — observamos que elas vêm suprindo, em diversos casos, a morosidade de ação, a omissão ou, por certas vezes, até mesmo a cumplicidade do Poder Público. No Estado do Rio de Janeiro, há, em curso, diversas ações promovidas por entidades de tal espécie, de que servem de exemplo a responsabilização da Companhia Siderúrgica Nacional — CSN — e da Thyssen Fundições Ltda., a primeira pelo despejo, ao longo de décadas, de substâncias altamente tóxicas, como fenóis e metais pesados, no Rio Paraíba do Sul, e a segunda, pelo noticiado lançamento de ascarel, no mesmo curso d’água, durante acidente ocorrido em suas instalações industriais, em 1988.

Além da Lei nº 6.938/81, outros diplomas do direito pátrio já dispunham sobre a responsabilidade por danos ao meio ambiente. O parágrafo segundo do artigo 9º da Lei nº 6.902/81 prevê a “...obrigação de reposição e reconstituição, tanto quanto possível, da situação anterior...” de danos causados em áreas de proteção ambiental. A Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977, estabeleceu, em seu artigo 4º, a responsabilidade civil objetiva do causador de dano nuclear.

No direito internacional, podemos citar, como exemplo, a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causadores de Poluição por óleo, celebrada em 1969 e introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 79.347, de 28 de março de 1977.

Grande novidade foi introduzida pelo texto constitucional ao tratar da **responsabilidade penal por danos ao meio ambiente**. A extensão da responsabilidade penal às pessoas jurídicas não foi prevista no ordenamento jurídico anterior, que só a estabeleceu para pessoas naturais. Pela atual Constituição, tal hipótese se tornou possível em matéria de crimes ecológicos, o mesmo ocorrendo com os delitos contra a economia e a ordem financeira (artigo 175, parágrafo 3º, da Constituição). É, entretanto, maté-

ria a ser objeto de regulamentação por normas de hierarquia infraconstitucional.

A criação de normas de direito penal que tornem puníveis as condutas nocivas ao meio ambiente nelas previstas é providência de que hoje está a carecer o direito pátrio. Os poucos tipos penais sobre o assunto que hoje existem são, em nosso entender, manifestamente insuficientes para o adequado regramento da matéria. Deve-se lembrar, a esse respeito, que no direito penal brasileiro prevalece, como leciona HELENO FRAGOSO, o "princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal" (16). Tal princípio "é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito" (17) e manifesta-se pela idéia de que "não se pode obedecer ou violar senão ao que é previamente imposto". (18) Esse princípio encontra-se incrustado no artigo 1º de nosso Código Penal.

Assim sendo, faz-se necessário, para a incriminação de condutas consideradas lesivas ao meio ambiente, a criação de novos tipos penais relativos à ecologia, aí se entendendo "tipo" como "o modelo legal do comportamento proibido, compreendendo o conjunto das características objetivas e subjetivas do fato punível". (19) Em certa época, o ordenamento jurídico italiano também carecia de tipos penais suficientes, em matéria de ecologia. Então, como relata PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, "a jurisprudência italiana procedeu a perigosa aplicação extensiva da norma penal ecológica. Procurou desse modo suprir a lacuna legislativa." (20)

É interessante que se traga à colação a hipótese de que se utilizou o antecitado autor para ilustrar o problema ocorrido na Itália: "Exemplifiquemos com o preceito contido no artigo 439 do Código Penal italiano, que pune "um envenenamento de água ou substâncias destinadas à alimentação." Sustentou-se então que a locução "destinadas à alimentação" se referia apenas à substância. Conseqüentemente passou-se a punir todo aquele que procedesse qualquer envenenamento de água, ainda que não destinada à alimentação." (21)

A primeira questão que se põe, então, em vista da necessidade de estabelecerem-se condutas típicas penalmente puníveis é, como afirma PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, a seguinte: "estabelecida a necessidade da incriminação, resta indagar: "onde inserir um novo tipo ecológico? Na parte especial do Código Penal? Ou num direito penal administrativo, secundário ou especial?" (22) Ao que o mesmo estudioso responde: "A degradação ambiental não pode ser combatida apenas com normas penais. Vale dizer, não basta o instrumental repressivo, fazendo-se igualmente necessária a disciplina administrativa, voltada essencialmente à prevenção.

Assim, a intervenção penal em matéria ecológica assumiria papel acessório, com respeito ao direito administrativo. Na parte penal, restariam tão-somente aquelas violações intoleráveis à esfera pessoal do indivíduo." (23)

Outra indagação importante a respeito do tema sob enfoque refere-se às linhas gerais das condutas típicas a serem instituídas por meio da lei penal.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR entende que "o tipo penal que tutela a ecologia, não poderá conter enumeração taxativa da conduta delituosa." (24) O mesmo autor assevera igualmente que "em favor da certeza do direito, preferível seria que o tipo penal (ecológico) fosse acromático, incolor, desprovido de elementos valorativos. No campo do direito penal ecológico, entretanto, tal se faz inviável. O elemento valorativo muitas vezes se contém no tipo. Veja-se, à guisa de exemplo, o caso da desfiguração ou alteração das belezas naturais, conceito eminentemente subjetivo". (25)

De nossa parte, acreditamos ser possível, em muitas situações, ou quem sabe, na maioria delas, estabelecerem-se padrões e limites quantitativos e qualitativos que, com o auxílio de normas técnicas adotadas em outros ramos da ciência, tornem viável a construção de normas penais protetoras do meio ambiente.

Importante, também, a respeito de responsabilidade penal por lesão ao meio ambiente, é a punibilidade, ou não, de condutas que se manifestem como nocivas mas que, de alguma maneira, hajam sido licenciadas ou autorizadas pelas autoridades competentes.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR sustenta que "A permissão da autoridade administrativa justifica naturalmente a conduta. Mais até. Se a autorização da autoridade estiver contida no tipo penal, a conduta será considerada atípica pelo aplicador da lei penal, e não justificada." (26)

LEME MACHADO, ao pronunciar-se a respeito desse aspecto, expressou que "a Constituição deu um sério passo para a punição da ofensa ao ambiente, pois, agora, mesmo uma conduta ou uma atividade autorizada pelo Poder Público, desde que lesiva, poderá ser incriminada penalmente". (27) O jurista fundamenta seu ponto de vista salientando que "não é qualquer lesão que poderá ser tipificada, mas aquela que desequilibre o meio ambiente bem comum do povo (art. 225, caput, da CF)." (28)

Concordamos, no particular de que estamos tratando, com o primeiro dos estudiosos a que nos referimos. Com efeito, não há como se considerar como penalmente reprovável uma conduta que haja sido aceita como lícita pelo Poder Público e, assim, licenciada. Se de tal conduta decorrerem da-

nos ambientais, não nos parece possível responsabilizar criminalmente o agente causador do dano, exatamente por faltar o elemento da ilicitude da conduta, que só existiria se ela fosse típica, isto é, proibida pelas leis.

Ora, se uma atividade foi regularmente licenciada — e é importante para descaracterizar o crime que a licença haja sido expedida com a observância dos requisitos previstos em lei, especialmente a realização do estudo de impacto ambiental, com as formalidades que a ele são inerentes — não poderá ser enquadrada num determinado tipo penal, que sempre contém condutas ilícitas e que, portanto, não poderiam ser licenciadas. Se houve o licenciamento, é porque a atividade foi considerada lícita sob todos os ângulos, especialmente o do direito penal. Não pode o Poder Público considerar certa conduta lícita em um dado momento e, posteriormente, reputar essa mesma conduta, **in casu**, antijurídica para fins penais.

O mesmo fenômeno não acontece com a responsabilidade civil. Esta, como dito no que se refere a danos ambientais, assume o caráter objetivo, isto é, sua caracterização independe da existência de culpa ou ilicitude na conduta do agente causador do dano. Por essa razão é que quem deu origem a danos ecológicos não pode pretender escapar à responsabilidade brandindo uma licença do Poder Público para o exercício de atividade poluidora, ou predatória, porque, para que haja a obrigação de reparar danos, não é preciso que a conduta seja ilícita.

Em nosso entender, portanto, se no campo do direito penal uma conduta não pode ser simultaneamente lícita e penalmente punível, por lesiva ao meio ambiente, no âmbito do direito civil tal possibilidade é perfeitamente admissível.

Devemos, contudo, observar que a posição preconizada por LEME MACHADO encontra respaldo no direito comparado. No Japão, por exemplo, “a Suprema Corte condenou, em decisão recente, empresa que poluía o meio ambiente, embora autorizada pelas autoridades administrativas e embora seguisse as prescrições destas, no sentido de reduzir ao mínimo a carga poluidora”. (29)

Ainda no que tange à responsabilidade penal, cumpre-nos examinar, posto que com brevidade, a inovação que, como dissemos, foi implementada pelo dispositivo sob comentário, ou seja, a incriminação de pessoas jurídicas.

A matéria já foi objeto de estudo e controvérsia em outros ordenamentos jurídicos, do que nos dá certeza a própria decisão da Suprema Corte japonesa a que acabamos de aludir, ao comentar o tópico da responsabi-

lidade penal quando a conduta incriminada houver sido consentida pelo Poder Público.

Ponto importante no que toca à matéria é estabelecer-se a que sanções de natureza penal estará sujeita a pessoa jurídica incurso em crime ecológico.

O direito penal alemão cogita de pena de multa e de confisco de bens. A primeira varia de acordo com a qualidade do ilícito e a gravidade da culpa.

Já no direito suíço, a pena pecuniária é quantificada em conformidade com “as condições econômicas da empresa e não de acordo com o grau de culpa”. (30)

O direito italiano, por sua vez, penaliza as empresas poluidoras com “o confisco dos aparelhos, utensílios e instrumentos empregados na poluição hídrica”. (31)

Já no Brasil, como dissemos, muito há ainda que se legislar em matéria de direito penal ecológico, para torná-lo satisfatório no que diz respeito à tipificação de condutas lesivas ao meio ambiente. Quanto à penalização das pessoas jurídicas, somente após a promulgação do novo texto constitucional o legislador ficou autorizado a estipular condutas típicas e sanções aplicáveis a estas últimas, matéria sobre a qual seu pronunciamento é aguardado. Gostaríamos de chamar atenção para a necessidade e a urgência de regulamentação legal dessa matéria por lei ordinária. Assim se deve proceder não apenas para dar cumprimento à imposição constitucional como para permitir a responsabilização penal dos poluidores e predadores, o que, como visto, ao contrário da reparação civil, depende da prévia existência de lei que tipifique a conduta incriminada como ilícita.

De notar, finalmente, que da criação de normas penais ecológicas pouco efeito prático advirá se não houver previsão da punibilidade das pessoas jurídicas. Na verdade, é mais a estas, que às pessoas naturais, que o legislador se deve dedicar ao editar normas sobre direito penal ecológico. Explica-se facilmente tal ponto de vista e com apoio de especialistas que já se pronunciaram sobre esse aspecto, como JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, segundo o qual “conquanto o homem individualmente considerado seja um poluidor, são as indústrias que ferem mais profundamente o meio ambiente, encarregando-se da poluição da biosfera. Portanto, são as pessoas jurídicas que determinam um maior ou menor índice de poluição, do que resulta a necessidade de qualquer estudo que se encete no sentido de proteção penal ao meio ambiente partir de um exame da capacidade penal das pessoas jurídicas”. (32)

Cabe, ainda, enfatizar que a responsabilidade constitucionalmente instituída abrange, em qualquer de suas modalidades, tanto ações quanto omissões. Esse é o entendimento que se pode extrair do próprio teor do dispositivo que, em seu início, refere-se a "...condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente...". Se o texto visasse tão-somente às ações, referir-se-ia, apenas, a "atividades". O emprego da palavra "condutas" significa que não só as atividades serão passíveis de responsabilização, mas quaisquer espécies de condutas. Estas, como é sabido, podem ser comissivas ou omissivas.

### 3. O DANO AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme tivemos oportunidade de mencionar anteriormente, dedicamos a parte final deste trabalho a um aspecto relacionado à responsabilidade civil por danos ao meio ambiente que nos parece de grande importância doutrinária e, especialmente, para a evolução do tema perante os tribunais.

O principal dispositivo infraconstitucional que rege a responsabilidade civil é o artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº 6.938/81, que prevê a obrigação do poluidor de reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa. Verifica-se, portanto, que o legislador consagrou o **princípio da responsabilidade objetiva**, o que torna desprocurada a perquirição da ilicitude da conduta lesiva. Assim foi estabelecido, ao que parece, para que fossem superados os obstáculos que adviriam para a reparação dos danos ambientais da obrigatoriedade de comprovação da ilicitude da conduta lesiva, sempre tendo-se em vista a imperiosidade de que os danos ecológicos sejam reparados o máximo possível, pois há elevado interesse público em que assim ocorra.

Inobstante a previsão legal a que nos referimos — estabelecida para facilitar a condenação do causador do dano ambiental a repará-lo — há outras questões fundamentais que surgem na prática cotidiana relativamente ao tema que estamos examinando e que se constituem, da mesma forma, em empecilhos à realização do interesse público maior expresso na recuperação do meio ambiente degradado. Estamos nos propondo, embora conscientes das limitações de que se reveste este ensaio, a examinar uma delas, para que se possam desenvolver reflexões que permitam seu melhor encaminhamento e solução em futuro próximo.

### 3.1. A CARACTERIZAÇÃO DO DANO AMBIENTAL

A teoria geral da responsabilidade civil ensina que seus pressupostos clássicos são a existência de conduta comissiva ou omissiva caracterizada por ilicitude, um dano a ser reparado e o nexo de causalidade que permita vincular o dano ocorrido à conduta cujo autor se pretende seja responsabilizado pelo ressarcimento do dano.

Como já vimos, os danos ao meio ambiente se constituem em uma das hipóteses em que o legislador considerou conveniente e oportuno excluir a ilicitude da ação ou da omissão como pressuposto da obrigação de ressarcimento. Restam, portanto, no caso do dano ambiental, três requisitos para que a responsabilidade possa estar suficientemente caracterizada: o fato, o dano e o liame ou nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Os tribunais têm sido chamados a apreciar diversos litígios relativos à reparação de danos ecológicos sejam eles de maior ou de menor proporção. Questões pertinentes à matéria, muitas vezes ruidosas, têm sido postas perante o judiciário, que repentinamente se vê compelido a analisá-las e a decidi-las quando ainda se encontra viva, na memória da opinião pública, a recordação, triste, dos fatos ocorridos, em geral causadores de graves prejuízos ao equilíbrio ecológico e à qualidade de vida da população, que está a exigir, com todo o direito, a reparação do dano e a punição exemplar dos que por ele foram responsáveis.

É bastante comum, entretanto, que ao propor uma ação civil pública de responsabilidade por danos ambientais o Poder Público ou as associações civis de proteção ao meio ambiente se defrontem com uma dificuldade, às vezes de difícil transposição, de apresentar ao órgão jurisdicional provas cabais da ocorrência e do montante do dano ambiental que se pretende venha a ser reparado com a condenação judicial.

A dificuldade a que nos referimos manifesta-se sob diversas formas. Mesmo nos casos em que o dano ambiental pode, em tese, ser comprovado mediante a realização de prova pericial, há dificuldades para a escolha de perito tecnicamente apto a desempenhar a tarefa com o padrão de qualidade necessário. Os danos ambientais são, não raro, de proporções substanciais, o que torna extremamente árdua — quando não impossível — a tarefa do **expert** de verificá-lo em toda a sua extensão, para que possa, posteriormente, avaliá-lo. A matéria ambiental é de natureza altamente específica, o que, por si só, já dificulta ao magistrado a designação de um especialista capaz de manuseá-la, especialmente quando, como dissemos, o dano possui características que tornam difícil sua mensuração.



Há casos, ainda, em que a efetiva comprovação do dano ambiental, dentro dos padrões rígidos que a teoria geral das provas exige para o fim de embasar uma sentença condenatória de responsabilidade, é praticamente ou totalmente inviável. Tomem-se, como exemplo, os casos de emissão de poluentes, sejam atmosféricos, líquidos ou sólidos. Nesses casos, a verificação da existência das emissões poluidoras é relativamente fácil, o que exime de maiores óbices probatórios a demanda judicial que tiver por objetivo a cessação das emissões, pois tratar-se-á de condenação a obrigação de não fazer. Suponhamos, todavia, que ditas emissões já estivessem ocorrendo há algum tempo. Como comprovar e dimensionar os efeitos adversos que a poluição gerada provocou no meio ambiente, na qualidade de vida e na saúde da população? Qual será o valor da indenização a ser cobrada do poluidor?

A resposta às indagações que acabamos de formular, bem como a outras que sejam igualmente pertinentes não é simples. Cremos não poder pretender esgotar a matéria no âmbito deste trabalho, nem apresentar soluções ou respostas definitivas. Contentar-nos-emos em desenvolver, até onde nos parecer possível, algumas diretrizes e certos princípios que, acreditamos, devam ser considerados em tais situações para melhor equacionamento do problema por parte não apenas dos que devem ajuizar tais ações como, outrossim, pelos que deverão julgá-las e terão o dever de fundamentar suas decisões em argumentos palpáveis.

O princípio básico que deve ser considerado é o de que a reparação do dano deve ser a mais completa possível. Assim sucede na responsabilidade civil de modo geral e, tratando-se de dano ao meio ambiente, em que há grande interesse público em jogo, o princípio deve ser ainda mais respeitado.

Entendemos que todos os efeitos e conseqüências da conduta lesiva devem ser objeto de apuração e indenização, sob pena de ela não ser completa. O custo da reconstituição do ambiente afetado, as despesas decorrentes da atividade estatal realizada em virtude do dano ocorrido, o tratamento médico das pessoas, afetadas pelo sinistro ecológico são itens que devem integrar a verba indenizatória a ser prestada pelo causador do dano ambiental.

Mas a questão é, na verdade, mais profunda, pois ela reside não apenas na dificuldade de verificar e estimar o dano ambiental ou, pelo menos alguns de seus aspectos, mas, da mesma forma, em certas situações, em estabelecer o liame de causalidade entre os danos verificados e o fato ocorrido. No caso que acabamos de utilizar como exemplo, de emissões polui-

doras de efeitos cumulativos, como provar os danos causados pelas emissões e suas respectivas expressões pecuniárias, se, muitas vezes, eles somente se manifestam com o passar dos anos? E, como imputar, com segurança, os danos que venham a verificar-se muito tempo após aquele fato?

É claro que, com a evolução da técnica e da ciência, tais obstáculos serão, progressivamente, superados e tornar-se-á possível responder a tais indagações com um grau de certeza cada vez maior. Enquanto assim não ocorrer, contudo, é preciso procurar soluções que viabilizem a concretização da meta maior de interesse público, expressa nos textos legais e no constitucional, de reconstituição do meio ambiente prejudicado, com vista à manutenção do equilíbrio ecológico, da sadia qualidade de vida e da saúde da população.

Sabe-se que o direito tem mecanismos para disciplinar e regular a convivência com situações e realidades que as ciências não têm, ainda, condições de explicar e solucionar de modo claro e definitivo. Exemplo disso era, até bem pouco tempo, a investigação de paternidade. Muitos outros poderiam ser aqui citados. Um dos principais mecanismos de que se utiliza a ciência jurídica em tais situações é o das **presunções**— absolutas ou relativas, conforme o caso — para, depois, chegar às **ficções jurídicas**. Em diversas situações o legislador, tendo consciência da dificuldade que terá o aplicador da lei em perquirir a **verdade real** acerca de determinado fato, contenta-se com uma **verdade ficta**, da qual faz uso para solucionar o impasse que certamente surgiria se fosse indispensável a busca da certeza absoluta a respeito de determinado fenômeno do mundo dos fatos. Isso acontece, com grande freqüência, no campo do direito processual civil.

Ao nos referirmos às **presunções** e às **ficções**, devemos, para melhor esclarecimento, mencionar a distinção que entre elas a doutrina estabelece. Em relação a tal aspecto, AGUIAR DIAS, reportando-se a outro autor em sua conhecida obra sobre o tema, afirma:

“ARNOLDO MEDEIROS faz distinção necessária entre ficção e presunção, explicando que não se confundem. Assim, não há ficção em presumir a culpa. Invoca a autoridade de GENY e esclarece que a presunção é baseada na verossimilhança e responde às tendências da lógica natural, ao passo que a ficção vai mais longe, ultrapassa o domínio da prova e desnatura cientemente as realidades, de forma que exclui aprioristicamente qualquer possibilidade de prova em contrário. A presunção, ao revés, baseia-se no que ordinariamente acontece.” (33)

Acreditamos que para as situações que não possam ser completamente solucionadas com o emprego das técnicas existentes de investigação e avaliação de danos ambientais se fará indispensável o recurso às presunções legais. De outro modo, estaremos sempre nos defrontando com inúmeros casos em que o dano ambiental ficará sem reparação, o interesse público expresso na manutenção do equilíbrio ecológico desatendido e o causador do dano, civilmente impune, o que é extremamente injusto.

É verdade que sempre que se cede espaço à chamada verdade ficta corre-se o risco de se estarem cometendo erros. É um risco, devemos reconhecer. Não obstante isso, deixar sem reparação civil danos ambientais que sabidamente ocorreram é pior ainda, pois não haverá risco de erro, mas certeza de se estar deixando impune o causador do dano e prejudicadas as vítimas do fato, sejam apenas determinados indivíduos ou a coletividade de modo geral.

O emprego das **presunções de dano** não é novidade no campo da responsabilidade civil. AGUIAR DIAS apresenta exemplos ilustrativos de tal assertiva:

"Nem sempre é bem entendida a exigência do requisito do dano para a procedência da ação de reparação. Enquanto em caso já comentado foi desconhecida a feição do dano concreto à perda do prazo de recurso, por parte do advogado, em outro houve voto ilustre, em que esse dano se dava como decorrente da própria falta a uma cláusula de preferência sujeita, ademais, a condição resolutiva." (34)

"Caso de presunção do dano encontra-se ainda nos juros moratórios. Não tem o credor de demonstrar prejuízo: a satisfação da obrigação, se feita com atraso, acarreta a fluência desses juros, que se consideram a indenização do prejuízo que se presume ter sofrido o credor, com a mora (arts. 1.061 e 1.064 do Código Civil)." (35)

"Também constituem exemplos de presunção de prejuízo: o art. 103, parágrafo 2º, do Código Brasileiro do Ar, segundo o qual, em relação aos pequenos objetos que o viajante traz sob sua guarda, a responsabilidade do transportador se efetiva mediante simples declaração daquele, não impugnada pelo transportador; e todos os casos em que a indenização é estipulada previamente na lei, como sucede em casos de reparação por injúria ou ofensa à honra da mulher, ou em que se estabelece um montante mínimo ao montante da reparação. A indenização **à forfait** ou o mínimo estipulado são devidos independentemente de prova do prejuízo." (36)

A cláusula penal fixa de antemão as perdas e danos pelo inadimplemento da obrigação e também neste caso o credor se isenta do ônus que normalmente lhe caberia. Não precisa provar nem o prejuízo nem o **quantum**, porque, na exata definição de CARVALHO SANTOS, a cláusula penal importa "pré-liquidação convencional do prejuízo do credor, prevenindo as longas controvérsias que podem surgir na liquidação dos danos..."(37)

Parece-nos, então, que é razoável e encontra respaldo na teoria geral do direito o recurso às presunções legais para a perquirição e a estimação do dano ecológico, bem como para a determinação do nexo de causalidade. É preciso, no passo seguinte, para o desenvolvimento natural do tema, procurar o modo mais adequado de aplicar ao dano ambiental esse recurso que a ciência jurídica oferece.

Um dos mais conhecidos modos de se aplicar, na prática, esse recurso é criar, por lei, situações de **inversão do ônus da prova**. A utilização de tal instituto é relativamente comum no campo da responsabilidade civil, sendo de eficácia comprovada para evitar que inúmeros casos fiquem sem solução devido à impossibilidade de a vítima provar determinados fatos, o que já foi reconhecido pelo legislador pátrio em diversos diplomas legais, sendo um dos mais recentes exemplos o Código do Consumidor. É oportuno, a respeito desse assunto, ouvir-se a lição de AGUIAR DIAS:

"A observação acima evidencia que a variação dos sistemas de responsabilidade civil se prende precipuamente à questão da prova. Mais precisamente, ao problema da distribuição do ônus probatório, sendo rigorosamente exata a observação de JOSSERAND, no sentido de que, numa época em que "o acidente se tornou anônimo, a concepção que se faz da natureza da responsabilidade reage poderosamente sobre a atribuição do fardo da prova, no curso da instância de indenização", ao que acrescenta que as questões de prova são o centro em torno do qual têm gravitado os diferentes sistemas. Nenhum autor, aliás, procura disfarçar a importância desse aspecto do problema da responsabilidade civil, visto como em todos os casos duvidosos, que são mais numerosos do que se pensa, sucumbe a parte a quem toca a obrigação de provar." (38)

A inversão do ônus da prova no campo da verificação da existência dos requisitos da responsabilidade civil permitiria ao intérprete da lei superar diversos obstáculos que se lhe apresentam no caminho que deve percorrer até chegar à convicção necessária a uma condenação de reparar danos.

Assim, ao se certificar da existência do fato imputado potencialmente causador de um dano ambiental, o magistrado não estaria obrigado a vincular o julgamento de procedência do pedido de reparação à comprovação do dano e do nexo de causalidade, como usualmente ocorre. Ser-lhe-ia facultado presumir a ocorrência de tais requisitos, nos limites razoáveis que o bom senso indicasse, e verificar se a prova produzida pela parte ré foi suficiente para elidi-la, ou, se não, impor-lhe a condenação de reparar.

Haveria, então, uma **presunção de dano**, quando este não se demonstrasse aparente, ou devesse ocorrer em época futura, ou, ainda, conforme o caso, uma **presunção da existência do nexo de causalidade** entre um dano comprovadamente ocorrido e o fato sobre o qual versasse a demanda.

A mesma regra se aplicaria aos casos em que a existência do dano ambiental pudesse ser comprovada, mas sua avaliação fosse de difícil ou impossível aferição. Em tais casos, dever-se-ia fazer uso da liquidação por arbitramento, a mais indicada em tais situações. Uma vez mais recorreremos à doutrina brasileira sobre responsabilidade civil, que assim se posiciona sobre a matéria:

“Em todos os casos não contemplados nos dispositivos que regulam a liquidação do dano, cabe a liquidação por arbitramento. Isso quer dizer que o Código não admite que se deixe de reparar o dano sob o pretexto de que não ficou provado o seu quantum. Provada a existência do dano e a relação de causalidade com o ato atribuído ao responsável, não se pode deixar de indenizá-lo, ainda que sua extensão não fique demonstrada. Estabelecido que houve um dano, não pode o juiz, por exemplo, julgar extinta a execução, mas deve empregar todos os recursos de seu prudente arbítrio, examinando até os indícios e presunções, para outorgar a reparação ao prejudicado.” (39)

“Equacionando o problema em termos genéricos, FISCHER, em sua obra mundialmente conhecida e já hoje clássica sobre o assunto, formula as seguintes perguntas: que critério deverá adotar o ordenamento jurídico, quando, no momento de se reparar o dano causado, as coisas se tenham dispostas de tal modo que não seja possível já a sua indenização pura e simples, mas só uma indenização de conteúdo maior ou menor do que a devida, isto é, uma indenização alcançando um “mais” ou restringindo-se a um “menos”? Deverá decidir a favor do obrigado, condenando-o a prestar o menos, ou em benefício do credor concedendo-lhe o mais?”

E, respondendo a estas perguntas FISCHER acrescenta: A resposta não pode ser duvidosa: em tais casos, não tem aplicação o axioma “*in dubio pro reo*”.

“O autor do dano deverá sempre indenizar o “mais”, embora depois, quando a equidade assim o recomende, possa reclamar uma compensação pela diferença prestada a maior: o devedor deverá ser condenado a prestar o mais sempre que, se assim não fosse, o credor da indenização resultasse prejudicado.” (40)

“É a conclusão a que também chega o nosso abalizado AGOSTINHO ALVIM, douto catedrático de direito civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, *in verbis*: “A dificuldade da estimativa não será objeção. O arbitramento é, em geral, incerto, e por vezes hipotético. Nem por isso deixa de ser uma prova reconhecida pela lei (Código Civil, art. 136, n.º VIII) e que todos os dias serve de base a decisões.” (41)

“Cabe recordar, como remate, o ensinamento de EISELE em citação de FISCHER: “Em vez de perguntar se são susceptíveis de prova coisas que teriam podido acontecer, digamos: não é necessário demonstrar que se teria realmente verificado em dado caso concreto aquilo que a experiência geral ensina que costuma verificar-se; pois é antes a inversa que necessita de demonstração.” (42)

De tudo o que foi dito a respeito do assunto em pauta deduz-se que se faz necessária — para aumentar o número de casos em que a reparação do dano ambiental efetivamente ocorre, em qualquer de suas modalidades, como é determinado pelo legislador pátrio, inclusive pelo legislador constituinte de 1988 — a criação legal de situações de inversão do ônus da prova e a ampliação do âmbito de discricionariedade do julgador, para que este possa, com o auxílio da prova pericial, do bom senso e de seu prudente arbítrio, suprir deficiências técnicas e científicas que, inegavelmente, ainda existem no campo da comprovação do dano ambiental, na delimitação de sua extensão e na aferição do nexo causal entre determinado fato ocorrido e o dano verificado, a fim de se reduzirem, ao mínimo possível, as situações em que este último não seja reparado em toda a sua extensão e em seus diversos efeitos.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) GIROD, Patrick. *La réparation du dommage écologique*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. R. Pichon et R. Durand — Auzias, 1974, Préface.
- (2) \_\_\_\_\_ . Op. cit. Introduction.
- (3) **Constituição do Brasil e Constituições estrangeiras/textos, Índice temático comparativo**. Ana Valdeaz A.N. de Alencar e Laudicene de Paula Cerqueira. Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987, v. 1: Textos, p. 370.
- (4) FONSECA, Sérgio Roxo da. "Ministério Público e o Dano Ecológico". In: *Justitia*, publicação da Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, 1981, v. 113, p. 146.
- (5) \_\_\_\_\_ . P. 146.
- (6) \_\_\_\_\_ . P. 146.
- (7) MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 96.
- (8) ALIBRANDI, Tommaso e FERRI, Piergiorgio. *I beni culturali e ambientali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1985, p. 661.
- (9) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 662.
- (10) MACHADO, Paulo Affonso Leme. . Op. cit. p. 188.
- (11) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 193.
- (12) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 20.
- (13) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 196 e 197.
- (14) GIROD, Patrick. . Op. cit. p. 92 e 97.
- (15) FERRAZ, Sérgio. "Responsabilidade por dano ecológico". RDP 10, janeiro-junho/79. In: MOREIRA, Raul Malta. *A preservação ambiental, a responsabilidade civil por dano ecológico e a atuação tutelar do Ministério Público*. In: SUNFELD, Carlos Ari et al. *Temas de direito urbanístico* — 1; coordenadores: Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 131.
- (16) FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 10 ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 89.
- (17) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 93.
- (18) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 93.
- (19) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 157
- (20) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. "Direito penal ecológico". — In: *Justitia*, publicação da Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, 1981, v. 113, p. 68.
- (21) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 68.
- (22) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 69.
- (23) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 69.
- (24) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 69.
- (25) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 69 e 70.
- (26) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 71.
- (27) MACHADO, Paulo Affonso Leme. . Op. cit. p. 25.
- (28) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 26.
- (29) COSTA JÚNIOR, Paulo José da. . Op. cit. 71.
- (30) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 72.
- (31) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 72.
- (32) PIERANGELLI, José Henrique. "Ecologia, poluição e direito penal". In: *Justitia*, publicação da Procuradoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, 1981, v. 113, p. 91.
- (33) DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, p. 94.
- (34) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 88.
- (35) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 91.
- (36) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 91.
- (37) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 91/92.
- (38) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 85.
- (39) \_\_\_\_\_ . Op. cit. v. II, p. 870.
- (40) GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1970, p. 103.
- (41) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 109.
- (42) \_\_\_\_\_ . Op. cit. p. 110.

## Meio Ambiente e Revisão Constitucional

Sergio Ferraz

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

O ponto de partida, para nossas considerações, reside numa abstração: a da controvérsia quanto aos efetivos limites materiais do processo de revisão constitucional, traçado nos artigos 2º e 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (conquanto não nos esquivemos a dizer que, por motivos análogos, partilhemos das opiniões de GERALDO ATALIBA e PAULO BONAVIDES, quanto a restringir-se aquele processo especial de revisão à matéria objeto dos plebiscitos previstos no A.D.C.T.). Não que a questão careça de atrativos (bem ao contrário, aliás), mas apenas tendo em vista exatamente sua relevância crucial, a demandar análise detida e especificamente dedicada ao assunto.

Admitindo-se pois, para argumentar, que a revisão constitucional, estabelecida para 1993 em diante, não tenha barreiras contendeúísticas, em que pontos a matéria ambiental constitucional deveria ser, então, modificada?

Em sua fundamental e monumental obra **Derecho Ambiental**, hoje já um clássico da literatura jurídica mundial, o eminente jurista espanhol RAMÓN MARTIN MATEO, Reitor da Universidade de Alicante, assinala que foi no Brasil, no ano de 1972, que surgiram os primeiros trabalhos sobre direito ecológico nas Américas, assinados pelos professores DIOGO DE FIGUEIREDO e SERGIO FERRAZ. Apenas poucos meses antes reunira-se em Estocolmo uma plêiade de ambientalistas, que produziram a Declaração Universal dos Direitos do Meio Ambiente, primeiro documento normativo, em todo o mundo, a respeito de tão palpitante tema. Recordamos esses dados, para evidenciar, com nitidez, o compromisso do Brasil com as preocupações ambientais e seu estudo sob a perspectiva do Direito. De fato, poucos países terão a apresentar, como o nosso, índices tão consistentes de progresso e incessante amadurecimento dos conhecimentos jurídicos sobre o ambiente. Nem vinte anos são passados, do aparecimento de nossas obras primeiras, e o direito ambiental já propiciou farta e rica bibliografia em língua portuguesa, copiosa e avançada legislação, criativa jurisprudência e, o que é mais sugestivo, significativa multiplicação de cursos jurídicos, seja no plano da graduação, seja no patamar da pós-graduação.

Difícilmente, aliás, poderia deixar de ser assim no Brasil, eis que somos diariamente desafiados pelas exigências do desenvolvimento, da criação