

## CAPÍTULO XII

### NOVAS NECESSIDADES PRECAUCIONAIS E PREVENTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

JOSÉ RUBENS MORATO LEITE<sup>1</sup>

MARCELO BUZAGLO DANTAS<sup>2</sup>

MELISSA ELY MELO<sup>3</sup>

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais. 2. Algumas considerações a respeito do princípio da responsabilização. 2.1. A responsabilidade civil objetiva por danos ambientais no Brasil. 3. Precaução e prevenção: um desafio frente aos riscos ambientais. 3.1. A precaução e a prevenção como funções da responsabilidade civil por danos ambientais. 3.2. O argumento jurídico do risco ambiental em face da sanção civil, obrigação de fazer e não fazer e da tutela de urgência. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas. 6. *Sites* visitados.

**Palavras-chave:** prevenção de riscos ambientais – princípio da responsabilização – danos ambientais – responsabilidade ambiental – precaução ambiental.

1 Professor Associado de Direito Ambiental nos programas de graduação e pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisador do CNPQ. Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA/UFSC).

2 Professor de Direito Ambiental da Univali e MP/SC., Mestre pela PUC/SP e advogado.

3 Professora de Direito Penal Ambiental, Comunitário e Internacional Ambiental na UNDB-MA, Mestre em Direito pela UFSC e Membro do GPDA, UFSC.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo trata da responsabilidade civil por danos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro e de suas modificações diante da necessidade de precaução e prevenção dos riscos ambientais. Primeiramente, faz-se menção ao princípio da responsabilização, bem como da sua relevância para o enfrentamento dos problemas ambientais atuais. Em seguida, trata-se da responsabilidade civil objetiva contemplada pela legislação pátria e que traz a obrigação de reparar o dano ambiental independentemente de culpa, devido à natureza das atividades desempenhadas pelos empreendedores.

Faz-se, ainda, uma breve abordagem dos riscos ambientais, aos quais a sociedade atual está exposta, relacionando-os com o instituto da responsabilidade civil ambiental. Ademais, descreve-se a transformação normativa sofrida pela responsabilidade civil objetiva no Brasil, observando-se os aparatos legislativos que a instituíram.

Posteriormente, averiguam-se, sucintamente, os princípios da precaução e da prevenção, trazendo-se a diferenciação dos mesmos e relacionando-os com os riscos ambientais. Também se evidenciam as distintas funções desempenhadas pela responsabilidade civil ambiental, atribuindo-se maior enfoque ao caráter preventivo e precaucional dessas, cada vez mais desempenhado pelo instituto na atualidade e necessária a melhor gestão das ameaças de danos ambientais.

Por fim, é verificado se o argumento jurídico do risco pode ser usado tanto nos pedidos jurisdicionais de obrigação de fazer, quanto nos de não fazer, em face do dano ambiental futuro, bem como no caso de ser elemento da tutela de urgência.

## 2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIZAÇÃO

Acredita-se que o perfil inicial do Estado, com características relevantes no que concerne a uma equidade ambiental, se desenha certamente com um sistema compatível de responsabilização. Não há Estado Democrático de Direito se não é oferecida a possibilidade de aplicar toda espécie de sanção àquele que ameace ou lese o meio ambiente. Além disso, os princípios, como a precaução e da atuação preventiva podem oferecer subsídios importantes à edificação de um Estado mais justo do ponto de vista ambiental, mas deve-se observar que esses, isoladamente, não funcionam.

Desta forma, exemplificadamente, de nada adiantariam ações preventivas, se eventuais responsáveis por possíveis danos não fossem compelidos a executar seus deveres ou responder por suas ações. Assim, sob pena de falta de responsabilização, há necessidade de o Estado articular um sistema que traga se-

gurança à coletividade. SENDIM<sup>4</sup> observa que o sistema de segurança é quebrado pelo dano ambiental e pela atual sociedade de risco, posto que se verifica a ausência de um sistema eficaz de compensação. A sociedade atual exige, portanto, que o poluidor seja responsável pelos seus atos, ao contrário do que prevalecia no passado quanto ao uso ilimitado dos recursos naturais e culturais.

Entende-se que, por melhores que sejam os mecanismos de precaução e prevenção do Estado, ainda assim ocorrem danos ambientais e não há por que não se utilizar de outras formas de controle ambiental. Acrescente-se que, dada a inegável falta de execução das regras juspublicistas do direito ambiental, resultam cifras negras na preservação ambiental<sup>5</sup>. Postula-se pela readaptação de alguns mecanismos para fins de combate à degradação ambiental, como o reaparecimento do instituto da responsabilidade civil, através de uma configuração mais apta e remodelada, visando, de forma auxiliar, a contribuir para a preservação ambiental.

O instituto da responsabilidade civil foi, em um primeiro momento na década de 70, preterido, considerando-se que, nessa época, eclodiu o surgimento de mecanismos juspublicistas, tidos como mais específicos ao trato da preservação ambiental. No entanto, a partir da década de 80, ressurgiu uma orientação no sentido de reaparecer a temática do instituto da responsabilidade civil da dogmática do Direito ambiental, como forma de reação à inoperância dos mecanismos do Direito público.

BENJAMIN<sup>6</sup>, com muita perspicácia, faz uma síntese das razões que levaram ao esquecimento da responsabilidade civil, em um primeiro momento, da qual destacam-se as mais relevantes:

“1) as funcionais (a tradicional visão da responsabilidade civil como instrumento *post factum*, destinado à reparação e não à prevenção de danos); 2) as técnicas (inadaptabilidade do instituto à complexidade do dano ambiental, exigindo, por exemplo, um dano atual, autor e vítima claramente identificados, comportamento culposos e nexos causal estritamente determinado); 3) as éticas (na hipótese de terminar em indenização, sendo impossível a reconstituição do bem lesado – a responsabilidade civil obriga, em última análise, a agregar-se um frio valor monetário à natureza, comercializando-a como tal)”.

Porém, um passo importante para direcionar a responsabilidade civil à tarefa da efetiva responsabilização será adequá-la e adaptá-la às necessidades

4 SENDIM, José de Souza Cunha. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação do Dano Através da Restauração Natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 51.

5 RANGEL, Paulo Castro. *Concertação, Programação e Direito do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 14-19.

6 BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, p. 5-52, jan. 1998. p. 8.

exigidas pela complexidade do bem ambiental e de sua proteção. Cabe, desta forma, fazer uma releitura do Direito civil e incluir no instituto da responsabilidade, a proteção ao direito ou interesse coletivo e difuso do ambiente, ecologicamente equilibrado, e a qualidade de vida. CANOTILHO<sup>7</sup> se manifesta também neste sentido:

“... Ao fim e ao cabo, os civilistas têm agora de incluir na *intentio operis* as garantias de um direito constitucional consagrado – direito ao ambiente e à qualidade de vida”.

Repise-se que a responsabilidade por dano ambiental deve funcionar como um sistema de retaguarda ou auxiliar e só ser acionada quando a ameaça de dano é iminente, ou no caso em que a lesão ocorreu e os outros mecanismos de tutela ambiental não responderam à imputação do agente. Ressalte-se que, uma vez ocorrido o dano ambiental, este é de difícil reparação, recuperação ou indenização e, não obstante, o sistema de responsabilidade funciona como uma resposta da sociedade àqueles que atuam degradando o ambiente e devem responder pelos seus atos, sob pena de falta de imputação ao agente poluidor e insegurança jurídica no Estado de Direito do Ambiente.

Diante desses fatos, passa-se ao estudo da responsabilidade civil objetiva por danos ambientais, instituto jurídico trazido como mecanismo mais apto a responder perante os desafios lançados para a sociedade global pelos atuais riscos ambientais que a ameaçam.

### 2.1. A responsabilidade civil objetiva por danos ambientais no Brasil

O novo Código Civil, sem prejuízo da responsabilidade subjetiva, acresceu, de forma expressa, em seu art. 927, parágrafo único, a obrigação de reparar o dano independentemente da culpa: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.” Todavia, não se deve esquecer de que a regra básica do Código Civil em vigor é a da responsabilidade subjetiva, envolvendo a existência de culpa ou dolo do agente, visando a estabelecer a obrigação de reparar o dano.

Da análise do dispositivo acima transcrito, verifica-se que o legislador adotou o risco como fundamento da responsabilidade civil. Diante disso que ele trouxe uma inovação, já que a legislação específica da temática, a Lei nº 6.938, de 1981, ainda que preveja a responsabilidade civil objetiva, atribui a obrigação de reparação dos danos ambientais ao poluidor, sem mencionar a possibilidade de responsabilização pela geração de riscos ambientais.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Juridicização da ecologia ou ecologização. *Revista do Direito Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, nº 4, p. 76, dez./1995.

Por sua vez, o poluidor é definido como o responsável por atividade causadora de degradação ambiental<sup>8</sup>. Sendo assim, de acordo com a legislação específica, somente poderá haver a responsabilização quando, efetivamente, já tiver ocorrido algum dano ambiental. Portanto, o novo Código Civil ampliou a esfera da responsabilidade civil ambiental, prevendo a possibilidade de atribuição da mesma pela constatação de riscos ambientais, sem a necessidade da ocorrência de danos. Nesse sentido, pode proporcionar um maior controle dos riscos ambientais, o que demonstra uma nova face do instituto, relacionada com a precaução e a prevenção de prováveis danos ambientais. Ademais, como função acrescida do novo sistema de responsabilidade civil por danos ambientais tem-se a cessão da atividade de risco ambiental desproporcional sem que o dano já seja concreto e real, mas visível, desproporcionável e incerto em relação ao futuro.

O risco, conforme assinalam LEITE e AYALA<sup>9</sup>, pode ser concreto ou abstrato. O primeiro deles refere-se ao perigo produzido pelos efeitos nocivos da atividade perigosa. O segundo, por sua vez, guarda relação com o perigo da própria atividade desenvolvida. Em ambos os casos, todavia, o legislador viabilizou a tutela jurisdicional do meio ambiente. Apesar da ênfase conferida ao risco, convém mencionar que o seu conteúdo não foi explicitado, o que evidencia um tratamento superficial da questão. Cumpre ressaltar, entretanto, que esse fator em nada prejudica a aplicabilidade imediata do dispositivo.

No sistema do Código em vigor, é possível vislumbrar uma tendência a abarcar excepcionalmente regras condizentes com a teoria da responsabilidade objetiva, como nos casos de culpa presumida. Um exemplo é o do art. 1.527<sup>10</sup>, que presume culpa do dono de animal que venha a causar dano a outrem<sup>11</sup>. Outra ilustração é relativa ao direito de vizinhança, estipulado no art. 554 e ss. do citado diploma legal<sup>12</sup>. Também nesta hipótese, é independente de falta do agente, responsabilidade por danos causados à segurança, ao sossego, à saúde ou propriedade alheia<sup>13</sup>.

8 De acordo com o art. 3º, inciso IV, da Lei 6.938, de 1981, poluidor é “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.”

9 LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002 p.

10 O dispositivo mencionado corresponde ao art. 936 do novo Código Civil: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Observa-se que continua a ser presumida a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 17.

12 Sobre direito de vizinhança, vide arts. 1277 e ss. do novo Código Civil.

13 CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 42.

Mesmo com a tendência do Código Civil brasileiro em admitir excepcionalmente as regras da teoria objetiva, o mesmo se encontra totalmente divorciado das transformações sociais ocorridas a partir da revolução industrial. Os perigos da sociedade industrializada trouxeram a necessidade de dar maior proteção às vítimas, por atos danosos, plenamente lícitos.

De fato, a partir do final do século XIX, os perigos industriais se tornaram de tal monta que os Estados começaram a estabelecer a responsabilidade objetiva, isto é, por atos lícitos. SOARES<sup>14</sup>, historicamente, relata:

Foi assim que, cada vez mais cercados de perigos, de ocorrências danosas, resultantes de atividades lícitas e onde a prova de negligência ou imperícia se tornava cada vez mais difícil, os sistemas da *common law* começaram a elaborar conceitos como no *fault liability*, *res ipsa loquitur*, *ultra hazardous activities*, *risk based liability*, *strict liability*, enquanto nos países do sistema germânico, como o francês, as primeiras leis surgiram para regular acidentes ferroviários e trabalhistas, e a jurisprudência caminhava no sentido de se estabelecerem presunções de autoria nos danos causados por animais, para, em seguida, concentrar-se na fixação da responsabilidade por *le fait des choses*.

AGUIAR DIAS<sup>15</sup> entende que a adoção da teoria objetiva constitui um avanço, pois esta tende a suprir a necessidade de certos danos, que não seriam reparados pelo critério tradicional da culpa.

Com efeito, o estabelecimento da responsabilidade objetiva é de fato uma tentativa de resposta da sociedade ou de adequação a certos danos ligados a interesses coletivos e difusos, que não seriam ressarcíveis, tendo em vista a concepção clássica de dano ligados a interesses próprios, certos etc.<sup>16</sup>. O modelo clássico de responsabilidade civil não dispunha de técnicas e perfil necessários para atuar com maior eficácia na proteção ambiental, pois não inibia o degradador ambiental com a ameaça da ação ressarcitória e nos termos da afirmação de BENJAMIN

*“seja porque o sistema substantivo é falho (responsabilidade civil subjetiva e dificuldades de prova do nexo causal e do dano), seja porque não é facilmente implementável (problemas de acesso à justiça)”*<sup>17</sup>.

Por outro lado, com a responsabilidade objetiva, todo aquele que desenvolve atividade lícita, que possa gerar perigo a outrem, deverá responder pelo risco, não havendo necessidade de a vítima provar culpa do agente. Verifica-se que o agente responde pela indenização em virtude de haver realizado

14 SOARES, Guido Fernando Silva. *As Responsabilidades no Direito Internacional do Meio Ambiente*. Campinas: Komedi, 1995. p. 184-186.

15 AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1. p. 49.

16 SILVA, João Calvão. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 104.

17 BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental, *op. cit.*, p. 20.

uma atividade apta para produzir risco. O lesado só terá que provar nexo de causalidade entre a ação e o fato danoso para exigir seu direito reparatório. O pressuposto da culpa, causador do dano, é apenas o risco causado pelo agente em sua atividade.

CANOTILHO<sup>18</sup>, ao tratar da responsabilidade por risco, fundamenta que se trata de uma justiça distributiva, “isto é, um sujeito que desenvolve uma atividade perigosa para a sociedade e dela tira benefícios, então é justo que ele suporte os danos que causar, mesmo sem culpa.”

Sem dúvida, a inadequação das regras clássicas do direito da responsabilidade à especificidade das questões ambientais e de seus problemas explicam e justificam, como visto, de *per se*, uma evolução até à responsabilidade objetiva.

Além disso, não há como negar que a responsabilidade objetiva, devidamente implementada, estimula que o potencial agente degradador venha a estruturar-se e adquirir equipamentos que visem a evitar ou reduzir as emissões nocivas, considerando que o custo destes é menor que o custo da indenização<sup>19</sup>.

A substituição progressiva da responsabilidade tradicional para a responsabilidade objetiva traz consigo um evidente resultado de facilitar a proteção dos prejudicados. A objetivação da responsabilidade representa certamente um avanço, exime o prejudicado da prova da culpa, mas não é suficiente para deixar este em situação totalmente satisfatória<sup>20</sup>, considerando-se que o mesmo, com vista à imputação da responsabilidade, deverá evidenciar o penoso liame de causalidade entre o fato e a lesão. Contudo, a doutrina mais recente<sup>21</sup> tem feito uma divisão: de um lado, a responsabilidade objetiva comum; e, de outro, a agravada. NORONHA entende que a última hipótese aplica-se a casos excepcionálíssimos, como no caso do dano ambiental, e enfatiza:

Agora estamos entrando num segundo momento, em que se verifica haver hipóteses especiais, em que se prescinde também do nexo de causalidade, para se passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 143.

19 SANCHEZ, Antonio Cabanillas. *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1996. p. 79.

20 TRUJILLO, Eulalia Moreno. *La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deteriora*. Barcelona: JMB editor, 1991. p. 345; SANCHEZ, Antonio Cabanillas. *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente, op. cit.*, p. 153-154.

21 NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, p. 37-38, 1999.

No Brasil, e em muitos outros países<sup>22</sup>, foi adotada, na área ambiental, a teoria da responsabilização objetiva, pelo risco criado e pela reparação integral. Entendem-se, por riscos criados, os produzidos por atividades e bens dos agentes que multiplicam, aumentam ou potencializam um dano ambiental. O risco criado tem lugar quando uma pessoa faz uso de mecanismos, instrumentos ou de meios que aumentam o perigo de dano. Nestas hipóteses, as pessoas que causaram dano respondem pela lesão praticada, devido à criação de risco ou perigo, e não pela culpa.

A reparação integral significa que o dano ambiental deve ser recomposto na sua integridade, e não limitadamente, trazendo uma proteção mais efetiva ao bem ambiental. BENJAMIM<sup>23</sup> diz que no Direito brasileiro prevalece o princípio da reparabilidade integral do dano ao ambiente, por força de norma constitucional. Resultam deste princípio todas as formas de exclusão, modificação e limitação do reparo do dano ambiental.

Lembre-se, ademais, de que o autor do dano não se exime do dever de reparar, ainda que possua autorização administrativa<sup>24</sup>. É oportuno reafirmar que a responsabilização subjetiva, por culpa, limita a aplicação do regime da responsabilidade civil por dano ambiental, considerando que boa parte das condutas lesivas ao meio ambiente não são *contra legem*, pois contam, muitas vezes, com autorização administrativa requerida, o que elimina a existência de culpa.

Neste caso, o fundamento de sua responsabilidade civil não é a culpa, mas, sim, o risco<sup>25</sup>, e sua obrigação não depende nem altera a existência de autorização, pois está alicerçado em uma exigência de justiça e equidade<sup>26</sup>: o

22 *Vide* o enfoque da excelente pesquisa realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA: *La Responsabilidad por el Dãno Ambiental*. México: Oficina Regional para a América Latina e Caribe do PNUMA, 1996. 671 p. (Série Documentos sobre Derecho Ambiental, nº 5).

23 BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade cível pelo dano ambiental, *op cit.*, p. 19.

24 Neste sentido decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão da lavra do eminente Desembargador ALCIDES AGUIAR, em sede da Apelação Cível 40.190, de Biguaçu. “Ação civil pública – Dano ambiental – Área de mangue aterrada para fins de loteamento – Aprovação pela Prefeitura – Irrelevância – Direito adquirido inexistente – Responsabilidade objetiva – Prejuízo ecológico irreversível. *Ao poluidor responsável por fato lesivo ao meio ambiente descabe invocar a licitude da atividade ensinada pela autorização da autoridade competente*. A responsabilidade no âmbito da defesa ambiental é objetiva. Bastante é a prova do nexo causal entre a ação do poluidor e o dano, para que nasça o dever de indenizar.”

25 CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*. São Paulo: USP, 1983. p. 114. Tese (Concurso de livre docência) – Departamento de Direito Civil – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

26 TRUJILLO, Eulalia Moreno. *La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deteriora*, *op. cit.*, p. 113-114.

lesado não deve suportar um dano que, em sua origem, beneficia economicamente o agente. Neste sentido se manifestou CUSTÓDIO<sup>27</sup>:

“Naturalmente, com a teoria do risco, o juiz não mais examina o caráter lícito ou ilícito do ato reprovado, evidenciando-se que as questões de responsabilidade se transformam em simples problemas objetivos que se reduzem a simples verificação de um nexo de causalidade.”

No que tange à evolução do aparato legislativo ambiental que instituiu a responsabilidade objetiva, o primeiro texto foi o Decreto nº 79.347, de 1977, que promulgou a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Poluição do Mar por Óleo, de 20 de novembro de 1969. Logo em seguida, foi editada a Lei nº 6.453, de 1977, que, em seu art. 4º, fixou a responsabilidade objetiva, em consequência de danos nucleares.

De uma forma mais sistemática e abrangente, na área do meio ambiente, de forma unitária, foi editada a Lei nº 6.938, de 1981, que criou a política nacional do meio ambiente. Repete-se que, no art. 14, §1º, da Lei, foi estabelecida a responsabilidade objetiva a todos os danos causados ao meio ambiente. Saliente-se que esta responsabilidade objetiva adotada alcança tanto a pessoa física como a jurídica que deu causa à lesão ambiental<sup>28</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente em seu art. 225, §3º, recepcionou a Lei nº 6.938, de 1981, e deixou intacta a responsabilização objetiva do causador do dano ambiental. Acrescente-se que o legislador constituinte não limitou a obrigação de reparar o dano, o que conduz à reparação integral. Também, em nível constitucional, o legislador estabeleceu a responsabilidade objetiva e reparação integral do dano resultante de atividade nuclear<sup>29</sup>.

Correlacionado com aspectos marcantes da questão ambiental e estabelecendo a responsabilidade civil objetiva, verifica-se um vasto aparato legislativo<sup>30</sup>, destacando-se, entre outros, os seguintes textos normativos: Lei nº 7.092, de 1983, sobre danos decorrentes de transporte rodoviário de produtos perigosos; Lei nº 7.542, de 1986, sobre a responsabilidade de danos à se-

27 CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*, *op. cit.*, p. 114.

28 O Direito positivo brasileiro não fez qualquer ressalva à figura passiva do dano ambiental, prevalecendo o princípio da responsabilização da pessoa física e jurídica; *vide*: LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 42-43.

29 Na atividade nuclear a responsabilidade civil independe da existência de culpa, conf. disposto no art. 21, inciso XXIII, alínea c.

30 Para uma apreciação pormenorizada do aparato legal ambiental, *vide*: CUSTÓDIO, Helita Barreira. Uma introdução à responsabilidade civil por dano ambiental. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, nº 3, p. 130-134, 1996.

gurança de navegações, a terceiros e ao meio ambiente; Lei nº 7.661, de 1988, sobre danos aos recursos naturais e culturais da zona costeira; Lei nº 7.802, de 1989, por danos à saúde das pessoas e ao meio ambiente, decorrentes de atividades relacionadas com agrotóxicos e afins; Lei nº 7.805, de 1989, sobre danos causados ao meio ambiente, decorrentes de atividades mineradoras; Lei nº 8.171, de 1991, por danos causados ao meio ambiente, decorrentes de atividades agrícolas; Lei nº 8.974, de 1995, sobre atividades decorrentes da biogenética; e Lei nº 10.308, de 2001, sobre rejeitos radioativos<sup>31</sup>.

Também, é importante mencionar-se a Lei nº 11.105, de 2005, a nova Lei de Biossegurança, a qual em seu art. 20 estabeleceu que “sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa”. Assim, seguiu o disposto pelo art. 14, §1º, da Lei nº 6.938, de 1981, que, ademais trouxe uma relevante inovação para à responsabilidade civil, pois, além de prever a responsabilidade civil objetiva relativa aos danos causados pela introdução de Organismos Geneticamente Modificados (os OGM's), apontou expressamente para a existência da solidariedade entre os responsáveis pelos danos, o que conduz a um afrouxamento do nexo de causalidade, este último necessário para a imputação da responsabilidade de reparar os danos ambientais<sup>32</sup>.

Os tempos da industrialização associados à crise ambiental trouxeram a necessidade de melhor proteção ao lesado e isto não difere no que concerne à responsabilização civil ao meio ambiente, pois a ocorrência de dano ambiental é de difícil constatação, e as atividades danosas ao meio ambiente proliferam. O aumento da degradação ao meio ambiente também serviu como estímulo para adoção de um sistema de responsabilização objetiva mais condizente com o dano ambiental<sup>33</sup> e levou o bem ambiental a ser considerado de interesse jurídico autônomo.

31 A Lei nº 10.308, de 2001, procurou acorrentar a responsabilidade civil dos rejeitos radioativos a uma responsabilidade limitada. Assim sendo, seja qual for a extensão do dano, o montante do valor a ser pago será sempre limitado a um milhão e quinhentas mil Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (Lei nº 6.453, de 1977) (Para maiores detalhes, *vide*: MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 810 e ss.).

32 Para uma visão crítica da implementação deste dispositivo legal *vide*: STEIGLEDER, ANELISE MONTEIRO. Responsabilidade civil e a lei de biossegurança. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. (org.). *Biossegurança Novas Tecnologias na Sociedade de Risco: Aspectos Jurídicos, Técnicos e Sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 97.

33 Em âmbito internacional, embora após a promulgação da lei brasileira sobre responsabilidade civil objetiva por danos ambientais, a Declaração de Limoges, em 15 de

Sendo assim, faz-se necessária uma breve análise dos princípios da precaução e da atuação preventiva, contemplando, inclusive, as distinções existentes entre os mesmos, para, posteriormente, relacioná-los com as funções desempenhadas pela responsabilidade civil ambiental.

### 3. PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO:

#### UM DESAFIO FRENTE AOS RISCOS AMBIENTAIS

Tendo em vista o princípio da precaução, sempre que houver perigo da ocorrência de um dano grave ou irreversível, a ausência de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes a fim de impedir a degradação ambiental. Com efeito, este princípio reforça a regra de que as agressões ao ambiente, uma vez consumadas, são normalmente, de reparação difícil, incerta e custosa<sup>34</sup>, e pressupõem uma conduta genérica *in dubio pro ambiente*<sup>35</sup>. Isto significa que o ambiente prevalece sobre uma atividade de perigo ou risco e as emissões poluentes devem ser reduzidas, mesmo que não haja uma certeza da prova científica sobre o liame de causalidade e os seus efeitos<sup>36</sup>. Assim, devem-se considerar não só os riscos ambientais iminentes, mas também os perigos futuros provenientes das atividades humanas e que, eventualmente, possam vir a comprometer uma relação intergeracional e de sustentabilidade ambiental.

Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar os possí-

novembro de 1990, na reunião mundial de associações de direito ambiental, fixou doze recomendações, figurando em sétimo lugar a relativa à responsabilidade sem culpa por danos ecológicos: “1. O princípio da responsabilidade objetiva por danos ecológicos deve ser firmado por todos os textos nacionais e internacionais como um princípio geral, salvo no que concerne à responsabilidade penal. 2. Este princípio não se deve só às atividades perigosas: deve-se aplicar em todos os supostos danos ecológicos. O agente não deve poder se exonerar mais que na suposta prova de autoria de um terceiro, ou no caso de força maior”. *Vide*: SANCHEZ, Antonio Cabanillas. *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*, *op. cit.*, p. 151.

34 Neste sentido: “Uma vez, consumada uma degradação ao meio ambiente, a sua reparação é sempre incerta e, quando possível, excessivamente custosa”. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, JOSÉ ALCEBÍADES E LEITE, JOSÉ RUBENS MORATO (Org.). *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996. p. 116-117.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Público do Ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995. p. 40-41.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Idem*.

veis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexos causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta<sup>37</sup>.

A precaução exige uma atuação racional para os bens ambientais com a mais cuidadosa apreensão dos recursos naturais, que vai além de simples medidas para afastar o perigo. No entender de REHBINDER<sup>38</sup>, o princípio da precaução significa mais que uma política do ambiente que visa prevenir, reduzir ou eliminar a poluição já existente ou iminente, “mas assegura que a poluição é combatida na sua incipiência e que os recursos naturais são utilizados numa base de produção sustentada.” Com efeito, a precaução objetiva prevenir já uma suspeita de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. Seu trabalho é anterior à manifestação de perigo e, assim, prevê uma política ambiental adequada a este princípio.

Os caminhos para uma efetiva implementação do princípio da precaução passam por conflituosos dilemas que exigem respostas adequadas e atitudes decididamente mais direcionadas à proteção ambiental, como sinal de equidade ambiental com relação ao futuro. Talvez, a maior crítica que se possa fazer a este princípio seja a dificuldade em precisar o seu exato conteúdo, tendo, na verdade, sido mais invocado do que realmente colocado em prática.

Necessariamente associada ao princípio da precaução apresenta-se a atuação preventiva como instrumento da justiça ambiental e do Direito ambiental. Segundo Kiss<sup>39</sup>, a diferença entre os princípios da prevenção e da precaução está na avaliação do risco ao meio ambiente. Precaução sugere quando o risco é alto. Este deve ser acionado nos casos onde a atividade pode resultar em degradação irreversível ou por longo período do meio ambiente, assim como nos casos em que os benefícios derivados das atividades particulares são desproporcionais ao impacto negativo ao meio ambiente. Já a prevenção constitui o ponto inicial para alargar o Direito ambiental e, especificamente, o Direito ambiental internacional. A maioria das convenções internacionais é fundamentada no princípio de que a degradação ambiental deve ser prevenida através de medidas de combate à poluição, em vez de esperar que esta ocorra, e tentar combater os seus efeitos.

Reconhece-se, desta forma, que a atuação preventiva, tal como a precaução, buscam remédios antecipatórios contra o dano ambiental, ou seja, criar

37 ARAGÃO, Maria Alexandre e Sousa. *O Princípio do Poluidor-pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 68 (Studia Iuridica, 23).

38 REHBINDER, Eckard. O direito do ambiente na Alemanha. In: AMARAL, Diogo de Freitas do (Org.). *Direito do Ambiente*. Oeiras: INA, 1994. p. 257.

39 KISS, Alexandre. The rights and interests of future generations and the presutinary principle. In: *The Precautionary Principle and International Law: the Challenge of Implementation*. Hague: Kluwer Law International, 1996. p. 26-27.

condições para que não ocorram situações de degradação ambiental<sup>40</sup>. A atuação preventiva tem uma dimensão planificadora no viés ambiental, “através de medidas selecionadoras, diferenciadoras e restritivas, nomeadamente no tocante à utilização de espaços e recursos”<sup>41</sup>. Um exemplo típico da atuação preventiva é o instrumento do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, que tem como objetivo evitar a implementação de projeto de desenvolvimento tecnicamente inviável do ponto de vista ecológico. Desta forma, a prevenção, necessariamente, implica um mecanismo antecipatório do modo de desenvolvimento da atividade econômica, mitigando e avaliando os aspectos ambientais negativos.

Ao analisar as tarefas preventivas do Estado, CANOTILHO<sup>42</sup> destaca:

Quanto à política do ambiente, esta deve ser conformada de modo a evitar agressões ambientais, impondo-se: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (especial e temporal). Quanto à polícia do ambiente, esta deve ser exercida no sentido de obrigar o poluidor a corrigir e recuperar o ambiente.

Além disso, entende-se que o risco, mesmo que não seja conhecido, deve ser bem avaliado e não ignorado pela ciência. Os argumentos econômicos não podem prevalecer frente à indeterminação dos riscos ambientais quando das tomadas de decisões relativas às atividade a serem ou não implementadas. Nesse sentido, tanto os princípios da precaução quanto da atuação preventiva devem prevalecer, já que aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro como meios de assegurar “um mínimo de existência ecológico”<sup>43</sup>, auxiliando na garantia do futuro da humanidade e do ambiente. Portanto, a não observância desses princípios, tanto pelo Estado quanto pela coletividade, responsáveis-

40 REIS, João Pereira. *Leis de Bases do Ambiente*. Coimbra; Almedina, 1992.

41 DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 52.

42 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Público do Ambiente*. *op. cit.* p. 40.

43 CANOTILHO evidencia a dificuldade de constatação de “um direito a um mínimo de existência ecológico. Talvez seja mais rigoroso, no contexto conceptual do direito português, falar de um núcleo essencial de um direito fundamental ao ambiente e qualidade de vida. Este núcleo essencial pressupõe, desde logo, a procura do nível mais adequado de acção, ou seja, que a execução das medidas de política do ambiente tenha em consideração o nível mais adequado de acção, seja ele de âmbito internacional, nacional, regional, local ou sectorial (art. 3/f da Lei de Bases do Ambiente). A Constituição não exige, porém, a protecção máxima do ambiente como pressuposto ineliminável da salvaguarda do núcleo essencial do direito ao ambiente se com isso se pretender significar a proibição de qualquer intervenção humana prejudicial ao ambiente.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Português e da União Européia*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Florianópolis: Saraiva, 2007, p. 35).

pela tarefa de preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações, representa um retrocesso jurídico inaceitável<sup>44</sup>.

No âmbito da União Europeia, ARAGÃO faz referência ao “princípio do nível elevado de proteção ecológica” para assegurar que os diferentes Estados que compõem a Comunidade consagrem um nível elevado de proteção ambiental, compatível com as diversidades regionais presentes, mediante prazos flexíveis de adaptação para os regimes nacionais “com transferência de competências para órgãos internos, e com a introdução de auxílios aos Estados Membros com maiores dificuldades em acompanhar o pelotão da frente”<sup>45</sup>. Assim, o princípio do nível elevado de proteção ecológica corresponde, por isso, a um grau civilizacional avançado de defesa do direito humano ao ambiente, em que a proteção ecológica é um imperativo coletivamente assumido, que já não se ousa pôr em causa, e em que apenas é legítimo questionar o *quem*, o *como* e o *quando*. E se o princípio do poluidor-pagador responde ao *quem*, o princípio do nível elevado de proteção ecológica responde ao *como* e ao *quando*<sup>46</sup>. (Destaque da autora).

Além disso, a União Europeia desde 1996 adotou a Diretiva conhecida como IPPC – *Integrated Pollution Prevention and Control*, Diretiva 96/61, a qual promove uma visão integrada dos poluentes que possuam algum potencial para afetar o ambiente. E, como consequência, todas as indústrias estão sendo auxiliadas pela fiscalização para fazer vigorar a legislação requisitada pela referida Diretiva<sup>47</sup>.

Também, como inovação, a Diretiva 96/91 traz a definição da “BAT” – *Best Available Techniques*, a melhor tecnologia ou técnica disponível, como o mais efetivo e avançado estágio no desenvolvimento de atividades. Bem como

44 Para CANOTILHO, “já é razoável convocar o *princípio da proibição de retrocesso* no sentido de que as políticas ambientais – desde logo as políticas ambientais do Estado – são obrigadas a melhorar o nível de proteção já assegurado pelos vários complexos normativo-ambientais (Constituição, tratados internacionais, direito comunitário europeu, leis e directivas). A proibição de retrocesso não deve interpretar-se como proibição de qualquer retrocesso referido a medidas *concretas* ou como *proibição geral de retrocesso*. Não se pode falar de retrocesso quando forem adoptadas medidas compensatórias adequadas para intervenções lesivas no ambiente, sobretudo quando estas medidas contribuírem para uma clara *melhoria da situação ambiental*”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Português e da União Européia*. Idem. p. 35).

45 ARAGÃO, Maria Alexandre e Souza. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. op. cit. p. 52.

46 ARAGÃO, Maria Alexandre e Souza. *Direito Constitucional do Ambiente da União Européia*. Idem. p. 53.

47 Disponível em: <<http://www.europeansealing.com/>> Acesso em: 22. ago. 2007.

dos seus métodos de operação, os quais indicam a sustentabilidade praticável de técnicas particulares para providenciar as bases na determinação dos limites de emissões de poluentes, portanto, diretamente desenvolvidos para prevenir. Por fim, indica-se que quando esses limites não forem aplicáveis, a melhor técnica ou tecnologia disponível deve ser utilizada para reduzir as emissões e os impactos no ambiente como um todo<sup>48</sup>.

Ademais, essa definição implica não somente a superação das tecnologias utilizadas, mas a inovação do modo pelo qual são operacionalizadas as instalações dos empreendimentos, a fim de assegurar um nível elevado de proteção ambiental, possibilitando um balanço entre os custos e os benefícios ambientais.

No Brasil, um exemplo da possibilidade de uso da melhor tecnologia disponível é o seu emprego quando da avaliação de impactos ambientais para o licenciamento ou não de determinadas atividades ou empreendimentos, condicionando o licenciamento prévio a um Estudo de Impacto Ambiental elaborado com o emprego da melhor tecnologia disponível para avaliar os potenciais riscos representados pelo empreendimento ou atividade em análise.

Da mesma forma, a própria atividade ou empreendimento sob análise pode ou não ser licenciada de acordo com o uso da melhor tecnologia disponível no que concerne ao mínimo de utilização dos recursos naturais e às menores quantidades de emissões de resíduos. Todavia, esses são somente alguns exemplos práticos do emprego do princípio da precaução e da atuação preventiva. Passa-se, em seguida, ao apontamento das funções da responsabilidade civil por danos ambientais.

### 3.1. A precaução e a prevenção como funções da responsabilidade civil por danos ambientais

Primeiramente, é importante mencionar, conforme pesquisas de SENDIM<sup>49</sup>, BENJAMIN<sup>50</sup>, TEUBNER e FARMER<sup>51</sup>, que existe um *deficit* de execução no sistema de controle e comando público ambiental. Entende-se por sistema de comando e controle ambiental o estruturado na dogmática juspublicística, inserido fundamentalmente por meio de instrumentos jurídico-administrativos de regulamentação e intervenção, tais como os relativos à implementação do planeja-

48 Disponível em: <<http://www.grc.cf.ac.uk/In/resources/planning/ppc/bat.php>> Acesso em: 22. ago. 2007.

49 SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação através de restauração natural*, op. cit., p. 49.

50 BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. op. cit.

51 TEUBNER, G. e FARMER, L. *Ecological self-organization in environmental law and ecological responsibility: the concept and practice of ecological self-organization*. New York: Clichester, 1994. p. 4.

mento ambiental. Este *deficit* de execução pode ser vislumbrado, visto que, mesmo quando são atendidas todas as disposições relativas à preservação ambiental, ainda ocorrem acidentes e danos de grandes dimensões<sup>52</sup>. Além do que, constata-se claramente um *deficit* de execução, quando os Estados, apesar de disporem do aparato normativo ambiental viável, não implementam suas tarefas de proteção ambiental. Um exemplo típico do *deficit* de execução ocorre quando, depois de ser concedido o licenciamento ambiental, não se prosseguem os atos de monitoramento e fiscalização ambiental, em um procedimento contínuo e necessário à preservação ambiental.

Neste sentido, CRUZ<sup>53</sup> alerta sobre a proliferação legislativa e de mecanismos jurídico-administrativos de proteção ambiental e se levanta a favor do reaparecimento do sistema autônomo da responsabilidade civil, regidos por princípios basilares de conveniência social, e destaca a facilidade com que este instituto pode ser acionado por toda a coletividade.

No intuito de tentar-se reverter o referido *deficit*, a responsabilidade civil por danos ambientais deve exercer algumas funções referentes à proteção do ambiente, a exemplo de outros institutos jurídicos. Assim, de acordo com Benjamin, são consideradas funções a serem cumpridas pela responsabilidade civil na área ambiental:

“a) compensação das vítimas; b) prevenção de acidentes; c) minimização dos custos administrativos do sistema; d) retribuição”<sup>54</sup>.

De maneira geral, pode-se dizer que a compensação das vítimas diz respeito à técnica eminentemente reparatória a qual, historicamente, tanto nos sistemas de *civil law* quanto de *common law* correspondia à função primária da responsabilidade civil<sup>55</sup>. Ao longo dos tempos, mais evidentemente em alguns sistemas jurídicos do que em outros, também foram evidenciadas funções da responsabilidade civil consideradas secundárias como “o estímulo à prevenção de danos futuros e o envio de uma certa mensagem expiatória”<sup>56</sup>.

A necessidade de proteção ambiental faz com que, além de serem mantidas as funções básicas do instituto, as demais sejam ampliadas. Nesse sen-

52 SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos...*, *op. cit.*, p. 50-51.

53 CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura*, Porto, p. 189, 1996. Número especial.

54 BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental no Direito Brasileiro e as Lições do Direito Comparado*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A\\_Responsabilidade\\_Civil.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf)>. Acesso em: 20. ago. 2007. p. 15.

55 BENJAMIN, Antonio Herman V. *Idem*. p. 15.

56 BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental no Direito Brasileiro e as Lições do Direito Comparado*. *op. cit.*, p. 15.

tido, o caráter preventivo e, até mesmo expiatório, ganha destaque ao lado do caráter reparatório do dano ambiental. A responsabilidade civil passa a se preocupar com as questões que estão por vir, todavia sem se olvidar da necessidade de reparação dos danos já ocasionados. Essa nova perspectiva da responsabilidade civil inclui a potencialidade do dano em sua pauta, atribuindo relevância aos fardos sociais que possam advir com o passar dos anos.<sup>57</sup>

A inclusão da tutela preventiva dos danos ambientais na esfera da responsabilidade civil como medida prioritária à reparação é considerada, de forma unânime pela doutrina, como uma conquista.<sup>58</sup> No entanto, as maiores críticas, principalmente à responsabilidade civil por danos ambientais, mas também à tutela civil do ambiente como um todo, dizem respeito às dificuldades de implementação da prevenção da degradação ambiental.<sup>59</sup>

Pode-se, inclusive, falar em um “efeito difuso da prevenção” ou “efeito preventivo indireto”, já que os efeitos da condenação do degradador à reparação do dano estimulam atitudes, por parte daqueles envolvidos em situações semelhantes, no sentido de tomar certas medidas para evitar que outros danos ambientais sejam causados.<sup>60</sup> A prevenção de novos danos ambientais pode ocorrer tanto em caráter individual (ou especial), desencorajando o próprio degradador a causar novos danos, quanto como uma prevenção geral, evitando que todos os demais venham a ocasionar novos danos ambientais.<sup>61</sup> Assim, proporcionando tais prevenções, a responsabilidade civil pode servir como instrumento capaz de evitar a perpetuação de inúmeros danos ao ambiente.

Para STEIGLEDER, a concepção da responsabilidade civil voltada para o caráter preventivo de danos ambientais, pode gerar a responsabilidade pelo “contato social”, pois ao introduzir-se na sociedade externalidades ambientais consideradas negativas é gerada “responsabilidade social pelo simples perigo a que a sociedade é exposta, e as fontes geradoras das situações de risco, numa perspectiva solidária têm o dever de suprimir o fator de risco do con-

57 BENJAMIN, Antonio Herman V. *Idem*. p. 16.

58 Sobre o tema ver G. A. Stiglitz. El daño al medio ambiente en la Constitución nacional. In: A. J. BUERES e A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (directores) *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio: Homenaje al Profesor Doctor Atílio Aníbal Alterin*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p. 318.

59 BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental no Direito Brasileiro e as Lições do Direito Comparado*. *op. cit.*, p. 16.

60 BENJAMIN, Antonio Herman V. *Idem*, p. 17.

61 STEIGLEDER, Annelise, Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 178.

texto social".<sup>62</sup> Não é necessária a efetiva concretização do dano, bastando a exposição da sociedade aos riscos.

A precaução, até mesmo mais do que os instrumentos de atuação preventiva, faz com que se vislumbre um novo horizonte para a tutela do ambiente. Nessa nova perspectiva, o tratamento dispensado às atividades potencialmente degradadoras reveste-se de desconfiança ao invés de serem visualizadas como inevitáveis para o crescimento econômico. Pois o maior desafio proposto pelo ambiente é justamente a impossibilidade de recomposição de diversos danos ambientais, acarretando em prejuízos inestimáveis para o patrimônio ambiental. E, nesta constatação reside, o

[...] exato limite de qualquer sistema reparatório, reconhecimento esse que, forçosamente, leva a uma alteração das prioridades do sistema jurídico, pulando, primeiro, da reparação para a prevenção, e, segundo, da indenização para a restauração. Esses os termos do pacto pré-nupcial entre a responsabilidade civil e o sistema de comando-e-controle ambiental: enquanto este continua a exercer sua função de estabelecer obrigações positivas e negativas (no licenciamento e no planejamento, p. ex.), impondo a avaliação dos impactos ambientais, determinando proibições genéricas (absolutas ou condicionais), estruturando padrões e impondo planos de emergência, aquela, por seu turno, mantém-se na retaguarda, como reserva legal, pronta a atuar na hipótese de falha ou insuficiência da intervenção estritamente pública.<sup>63</sup>

Na mesma linha de raciocínio, SENDIM, no âmbito da legislação portuguesa, evidencia que tanto o conceito de preservação quanto o de restauração do dano ecológico são as principais idéias relacionadas ao direito de responsabilidade ambiental, e que por isso o sistema de responsabilidade por danos ambientais recebe a função específica de garantir a conservação dos bens ambientais juridicamente protegidos.<sup>64</sup>

A relação da responsabilidade civil ambiental com a precaução e a atuação preventiva também remete a outro princípio estruturante do direito ambiental: o princípio do poluidor-pagador. Sendo assim, passa-se à análise dessa conexão.

### 3.2. O argumento jurídico do risco ambiental em face da sanção civil, obrigação de fazer e não fazer e da tutela de urgência.

A aceitação de que o risco ambiental é uma questão do direito, observando a possibilidade do fundamento jurídico do parágrafo único do art. 927 do

62 STEIGLEDER, Annelise, Monteiro. *Idem*. p. 180.

63 BENJAMIN, Antonio Herman V. A *Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental no Direito Brasileiro e as Lições do Direito Comparado*. *op. cit.* p. 26.

64 SENDIM, José de Sousa Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ambientais.... op. cit.*, p. 167.

Código Civil, abre espaço para que, no caso concreto, o juiz entenda que o risco intolerável dá fundamento a uma compreensão para a decisão jurídica.

Tendo em vista que o dano ambiental, uma vez causado, é de difícil ou impossível reparação, ganha profunda relevância prática para o estudo dos provimentos de urgência que podem ser adotados na ação civil pública, quais sejam:

- a) tutela cautelar, que visa a assegurar a satisfação da pretensão de direito material que será (ou já está sendo) discutida em outro processo, este chamado de *principal*, variando-se conforme se trate de cautela preparatória ou requerida *incidenter tantum*;
- b) tutela antecipada, que consiste na entrega, ao autor da ação coletiva, do próprio bem da vida que ele busca com julgamento definitivo da causa;
- c) tutela liminar, que corresponde ao adiantamento da prestação jurisdicional postulada, qualquer que seja a natureza em que ela se apresente (acautelatória ou satisfativa), a qual, ao invés de ser concedida com o trânsito em julgado da sentença de procedência, é deferida *initio litis*.

Para a concessão de qualquer dessas medidas, é necessária a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, exceção feita às hipóteses contidas no art. 273, II e §6º do CPC. Da decisão que concede ou denega a tutela de urgência cabe agravo de instrumento e não agravo retido. A par disso, quando a tutela for deferida em face da Fazenda Pública, esta pode formular pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do recurso desde que presentes os pressupostos do art. 4º da Lei nº 8.437 de 1992.

O critério adotado no presente trabalho para definir o provimento de natureza liminar foi topológico, ou seja, refere-se à primeira decisão judicial prolatada nos autos do processo. A liminar tanto pode ser acautelatória quanto antecipatória de tutela, hipótese em que é satisfativa. A autorização legal para a sua concessão reside no disposto no art. 12 da LACP e no art. 84, §3º do CDC. O provimento liminar cautelar pode ser deferido *ex officio*, com base no poder geral de cautela do juiz. A liminar antecipatória de tutela, contudo, exige requerimento expresso, havendo quem defenda que, em situações extremas, também possa ser concedida de ofício.

Prevista no art. 4º, da LACP e, subsidiariamente, nos arts. 796 e ss., do CPC, a tutela cautelar ambiental possui um campo de utilização bastante reduzido nos dias atuais, limitada que está a situações em que se busque apenas a garantia da tutela jurisdicional definitiva, esta discutida em outro processo. Nos demais casos a hipótese é de tutela antecipada e não de cautelar, embora seja perfeitamente

admissível a fungibilidade entre elas, adotando-se uma interpretação extensiva do disposto no art. 273, §7º do CPC. Hoje, portanto, denota-se um constante esvaziamento da tutela cautelar ambiental, que passou a ser utilizada quase que exclusivamente com vistas à busca da atribuição de efeito suspensivo a recurso que não o tenha ou, similarmente, da antecipação da tutela recursal.

O art. 273 do CPC que trata da antecipação da tutela é subsidiariamente aplicável à ação civil pública em matéria de meio ambiente. Assim, considerando o disposto no inciso I, do dispositivo, para que os pressupostos ali exigidos se revelem configurados, é mister a demonstração de que a conduta praticada pelo réu, violadora de uma determinada norma jurídica, cause ou esteja em vias de causar dano irreparável ou de difícil reparação ao meio ambiente, independentemente da existência de culpa.

Já o inciso II prevê a possibilidade de que sejam antecipados os efeitos da tutela diante da conduta processual do réu que pretenda apenas proteger indevidamente a marcha do feito. A tutela antecipada exige, para a sua concessão, que o autor traga aos autos elementos probatórios suficientes a comprovar a aparência do direito, que podem ser laudos ou pareceres de órgãos públicos, além da possibilidade de oitiva de testemunhas, realização de perícia, mesmo fora da ordem procedimental prevista no CPC e, ainda, inspeção judicial. Os elementos colhidos no inquérito civil somente necessitam ser ratificados em juízo se não houver sido instaurado o contraditório.

Havendo irreversibilidade do provimento a ser concedido (§2º) deve-se levar em conta os interesses postos em jogo no litígio, aplicando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deferindo-se ou não a tutela antecipada, conforme o caso. A decisão que concede a antecipação da tutela pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (§4º), desde que, para tanto, haja novos fundamentos de fato e de direito. A princípio, a tutela antecipada deverá vigorar até o término do processo (§5º), podendo, contudo, ser substituída pela sentença que julgar a lide, já que o recurso a ser interposto contra esta não estará dotado de efeito suspensivo (LACP, art. 14; CPC, art. 520, VII). Também poderá ser antecipada a tutela na hipótese de os pedidos formulados na ação civil pública ambiental tornarem-se incontroversos (§6º). Igualmente viável, porque expressamente prevista em lei, é a fungibilidade entre o provimento em questão e a tutela cautelar (§7º), devendo-se tomar alguns cuidados quando a providência acautelatória pretendida a título de antecipação tenha requisitos de admissibilidade específicos, como ocorre, por exemplo, com o atentado.

Inobstante a importância da tutela de urgência e matéria ambiental, é necessário observarem-se alguns limites quando de sua concessão, especialmente quando estiverem em jogo outros valores constitucionais, igualmente dignos de proteção. Em tais hipóteses, havendo colisão de princípios fundamentais, deve-se buscar harmonizá-los e, não sendo isto possível, a solução se

dá mediante a prevalência de um sobre o outro, observadas as peculiaridades do caso concreto. Assim, não sendo possível a harmonização entre os direitos em conflito quando a concessão de uma medida seja urgente em matéria ambiental, é de se optar por um deles, afastando a incidência do outro, sempre considerando as nuances da hipótese submetida à jurisdição e não de modo apriorístico, tampouco definitivo ou absoluto.

É óbvio, como já foi dito, que a questão ambiental traz paradoxo ao sistema jurisdicional, pois ela retrata questões fora do âmbito da tutela jurisdicional intersubjetiva, mas sim, difusa e em uma nova perspectiva. Temas como direito intergeracional, prescrição dos danos, dano extrapatrimonial ambiental e outros enfoques são próprios da questão da juridicidade ambiental.

Abre-se para o Poder Judiciário a possibilidade de nova interpretação, que deve dar maior instrumentalidade às lides ambientais, procurando resolver o problema em face do risco intolerável e não quando o dano já foi ocasionado, utilizando os instrumentos de prevenção e precaução.

Nesse sentido, há que se reaparelhar o Poder Judiciário com peritos e métodos científicos mais fiáveis para as lides ambientais. Outrossim, propiciar o aperfeiçoamento da juridicidade ambiental, capacitando os juízes com enfoque transdisciplinar, bem como realizar audiências mais abertas, com peritos auditores ambientais e parte da sociedade organizada.

Desta forma, o entendimento de que o risco jurídico intolerável tem fundamento no direito material (927, parágrafo único do CCB) abrirá a possibilidade de se antecipar ameaça e dano ambiental futuro, por exemplo deferindo tutela de urgência ambiental ou tutela específica, obrigando o potencial causador do risco ambiental a fazer ou abster-se de fazer. A prova do risco intolerável não teve que ser mais aquela que exige a causalidade adequada, mas sim aquela oriunda da teoria da probabilidade, bastando às provas indiciárias e de acordo com os elementos da verossimilhança, obrigando ao Poder Judiciário um afrouxamento da carga probatória.

Essa argumentação jurídica da aceitação do risco futuro intolerável faz parte, na atualidade, da nova sensibilidade da juridicidade ambiental, sem abandonar, entretanto, as ponderações dos direitos garantidos colidentes.

Por último, conforme exposto, nos termos das novas exigências para o Poder Judiciário, verifica-se a importância da prova pericial, devendo o juiz possuir infra-estrutura com corpo de peritos, os quais poderiam auxiliar sobremaneira na sua livre convicção, conforme preceito processual.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, compreende-se que a responsabilidade civil por danos ambientais sofreu algumas transformações ao longo dos tempos, no sentido de

adaptar-se às exigências trazidas com o avanço do processo de industrialização e o aparecimento da sociedade de risco. Algumas dessas adaptações referem-se ao instituto da responsabilidade civil objetiva, mediante o qual a responsabilidade por danos ambientais pode ser atribuída sem a comprovação da culpa, diante de atividades que apresentem um risco em potencial, como foi evidenciado.

Ademais, a responsabilidade civil ambiental passou a desempenhar algumas funções perante a sociedade, e dentre elas foram salientadas a precaução e a prevenção dos danos ambientais. Afinal, o parágrafo único, do art. 927, do novo Código Civil ampliou o instituto com a previsão da possibilidade de responsabilização pela geração de riscos ambientais, não sendo necessária a concretização de danos.

Salienta-se que tal dispositivo é coberto de um caráter dissuasivo bastante evidente, pois faz com que, tanto o efetivamente responsável pela geração de riscos quanto aquele que poderia vir a gerá-los, evitem a perpetuação de situações desfavoráveis ao meio ambiente e à saúde humana, sob pena de responsabilização.

Além disso, a referida previsão legal tornou processualmente viável a atribuição de responsabilidade civil por riscos ambientais, proporcionando um caráter inibitório aos danos ambientais por meio de processos judiciais, podendo, inclusive, ser requerido como tutela de urgência, já que existe a possibilidade de servir como fundamento legal para os pedidos jurídicos.

O uso da melhor técnica ou tecnologia disponível nos processos de produção demonstram-se como possibilidades práticas de implementação dos princípios da precaução e da prevenção, grande desafio da atualidade frente aos riscos ambientais cada vez mais presentes.

Por fim, o argumento jurídico do risco quando usado nos pedidos jurisdicionais de obrigação de fazer e de não fazer, em face do dano ambiental futuro, bem como no caso de ser elemento da tutela de urgência e das obrigações de fazer e não fazer, na tutela específica demonstrou-se um grande aliado nas lides ambientais, juntamente com a adequação do Poder Judiciário para esse fim.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

ARAGÃO, Maria Alexandre e Sousa. *O Princípio do Poluidor-pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. (Studia Iuridica, 23).

\_\_\_\_\_. Objetivos, princípios e pressupostos da política comunitária do ambiente: algumas propostas de revisão. In: *Temas de Integração*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional do Ambiente da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Florianópolis: Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: RT, 1993.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade cível pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 9, p. 5-52, jan. 1998.

\_\_\_\_\_. *A Responsabilidade civil pelo Dano Ambiental no Direito Brasileiro e as Lições do Direito Comparado*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A\\_Responsabilidade\\_Civil.pdf](http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8632/3/A_Responsabilidade_Civil.pdf)>. Acesso em: 20. ago. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicista. In: AMARAL, Diogo Freitas. *Direito do Ambiente*. Oeiras: INA, 1994.

\_\_\_\_\_. Juridicização da ecologia ou ecologização. *Revista do Direito Urbanismo e do Ambiente*, Coimbra, n. 4, p. 76, dez. 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito Público do Ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Português e da União Européia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Florianópolis: Saraiva, 2007.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRUZ, Branca Martins da. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Lusitana: Revista de Ciência e Cultura*, Porto, 1996. Número especial.

- CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente*. São Paulo: USP, 1983. Tese (Concurso de livre docência) – Departamento de Direito Civil – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- \_\_\_\_\_. Uma introdução à responsabilidade civil por dano ambiental. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, nº 3, p. 130-134, 1996.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- G. A. STIGLITZ. El daño al medio ambiente en la Constitución nacional. In: A. J. BUERES e A. KEMELMAJER DE CARLUCCI (directores) *Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenium: Homenaje al Profesor Doctor ATÍLIO ANÍBAL ALTERIN*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- HERRERO, Luis Jiménez. *Perspectiva Económica en el Análisis Interdisciplinar de la Problemática Ambiental*. Madri: Fundacion Universidad Empresa de Madri, 1997.
- KISS, Alexandre. The rights and interests of future generations and the precautionary principle. In: *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. Hague: Kluwer Law International, 1996.
- LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- MARTINS, Antonio Carvalho. *A Política de Ambiente da Comunidade Económica Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do direito ambiental. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades e LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Cidadania Coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, 1999.
- PNUMA: *La Responsabilidad por el Dãno Ambiental*. México: Oficina Regional para a América Latina e Caribe do PNUMA, 1996. 671 p. (Série Documentos sobre Derecho Ambiental, nº 5).
- RANGEL, Paulo Castro. *Concertação, Programação e Direito do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- REHBINDER, Eckard. O direito do ambiente na Alemanha. In: AMARAL, Diogo de Freitas do (Org.). *Direito do Ambiente*. Oeiras: INA, 1994.
- REIS, João Pereira. *Leis de Bases do Ambiente*. Coimbra; Almedina, 1992.
- SANCHEZ, Antonio Cabanillas. *La Reparación de los Daños al Medio Ambiente*. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- SENDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação do Dano Através da Restauração Natural*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- SILVA, João Calvão. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *As responsabilidades no Direito Internacional do Meio Ambiente*. Campinas: Komedi, 1995.
- STEIGLEDER, Annelise, Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. Responsabilidade civil e a lei de biossegurança. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. (org.). *Biossegurança Novas Tecnologias na Sociedade de Risco: Aspectos Jurídicos, Técnicos e Sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- TEUBNER, G. e FARMER, L. *Ecological self-organization in environmental law and ecological responsibility: the concept and practice of ecological self-organization*. New York: Clichester, 1994.
- TRUJILLO, Eulalia Moreno. *La Protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la Responsabilidad por su Deteriora*. Barcelona: JMB editor, 1991.

## 6. SITES VISITADOS

<<http://www.europeansealing.com/>> Acesso em: 22. ago. 2007.

<<http://www.grc.cf.ac.uk/lrn/resources/planning/ppc/bat.php>> Acesso em: 22. ago. 2007.

## CAPÍTULO XIII

### CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO CULTURAL

LUIZ REGIS PRADO<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Breves noções sobre o conceito *constitucional*. 3. Bem jurídico-penal protegido e sujeitos do delito. 4. Tipicidade subjetiva e objetiva. 5. Sanção penal. 6. Considerações finais.

**Palavras-chaves:** patrimônio cultural – conceito constitucional – cultura – bem jurídico-penal – meio ambiente – delitos.

**Resumo:** O presente trabalho buscar abordar a tutela penal do bem jurídico patrimônio cultural, incorretamente inserido na Lei nº 9605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). Perfilha-se um conceito intermédio de ambiente, defendendo o patrimônio cultural como um bem jurídico-penal autônomo, de natureza supraindividual. Os tipos penais correspondentes são analisados com lastro na concepção moderna e inovadora prevista na Constituição Federal de 1988, em que prevalece o aspecto cultural em detrimento do econômico, não se limitando à proteção administrativa do tombamento, mas acolhendo outros instrumentos administrativos e judiciais como forma de proteção.

#### 1. INTRODUÇÃO

O patrimônio cultural pode ser relacionado com a memória coletiva<sup>2</sup>, bem como com a história, o passado, enfim, as múltiplas dimensões da cultural, que

1 Professor Titular de Direito Penal e Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Estadual de Maringá, Pós-Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da *Universidad de Saragoza* (Espanha).

2 TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Patrimônio cultural urbanístico*: um estudo sobre a tutela jurídica da memória coletiva. 1997. 188 p. Dissertação (Mestrado em Direito