

CORRUPÇÃO OU POLUIÇÃO DA ÁGUA POTÁVEL

Marino Falcão

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 14.875-3, da Comarca de AMERICANA, em que é apelante a JUSTIÇA PÚBLICA, sendo apelados NOBUO KIMURA, TSUYOSHI FUJIWARA, KOJI NOMOTO e KAZUMOTO KINOSHITA:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dar provimento parcial ao recurso, para condenar os réus a dois (2) meses e dez (10) dias de detenção, julgando extinta a punibilidade, contra o voto do Relator sorteado que negava provimento.

1. Trata-se de apelação da Justiça Pública contra a sentença que absolveu quatro denunciados (diretores e funcionários da cúpula da empresa "Ajinomoto Interamericana Comércio e Indústria Ltda.") da acusação de terem infringido o art. 271, *caput*, c.c. o art. 51, § 2º, todos do Código Penal.

O episódio, ocorrido no ano de 1977, teve grande repercussão. Está retratado, em nítidas cores, nas excelentes alegações finais do ilustre Promotor Dr. Márcio Schneider Reis (fls. 995 e seguintes — 4º vol.), que honram o seu culto subscritor e colocam a matéria fática em sua real dimensão.

Recordemos, inicialmente, esses fatos.

2. Nos primeiros meses de 1977, antes mesmo da concessão da licença de funcionamento, somente obtida em 13 de setembro de 1977 (e, mesmo assim, a título precário pelo período de três meses — fls. 17), deu início a "Ajinomoto" às atividades de sua fábrica, situada às margens do Rio Jaguari.

Operou, portanto, durante meses, irregularmente, sem a devida licença.

Isso, no entanto, não foi o mais grave.

O que acarretou conseqüências verdadeiramente graves foi a incrível devastação ecológica praticada pela empresa, despejando seu lixo industrial no Rio Jaguari, a apenas seis quilômetros a montante das captações de água do DAE (Departamento de Água e Esgoto) da cidade de Americana.

Utilizava a empresa, diariamente, 125 toneladas de melaço de cana, 10 toneladas de amônia líquida, 18 toneladas de ácido sulfúrico e 15 toneladas de soda cáustica, entre outras matérias-primas (fls. 14 e 146), para a produção de glutamato monossódico (MSG), com um despejo líquido industrial de 20.000m³/dia lançado no Rio Jaguari.

Houve reiteradas advertências dos engenheiros e técnicos do DAE, que manifestavam suas apreensões diante dos crescente índices de

amônia e matéria orgânica na massa líquida do rio, decorrentes do efluente da indústria.

Os responsáveis pela empresa, no entanto, não se detiveram, limitando-se a vagas promessas de que a situação iria ser corrigida no futuro.

Eram, porém, promessas insinceras, tão insinceras quanto as que a empresa fizera à CETESB, no sentido de que seu efluente seria constituído somente de águas de refrigeração e de que os resíduos da linha de produção do MSG seriam reaproveitados por sua unidade fabril de fertilizantes.

A situação foi-se agravando gradualmente, até atingir o ponto crítico em outubro de 1977.

No dia 13, o efluente da indústria mostrava alarmantes características: DQO = 4.297,0mg/l; DBO5 = 1.540,0mg/l (fls. 144/145).

No dia 17, o rio apresentava aspecto desolador. Havia uma extensa e impressionante mortandade de peixes e grossa camada de matéria orgânica cobria toda a superfície no local de captação do DAE (fotos de fls. 54/58).

A água a ser captada para os tanques de tratamento estava a zero de oxigenação e apresentava altíssimos índices de amônia e matéria orgânica.

Era inservível ao consumo da população !

Mesmo tratada, era impossível usá-la ou ingeri-la, sem grave risco à saúde.

O DAE comunicou o fato ao Prefeito Municipal. Paralisou-se a captação assim como a adução e o tratamento. Foi determinado o corte no abastecimento.

Resultado: durante 33 horas a cidade de Americana ficou sem água!

A imprensa abriu manchetes denunciando o fato (fls. 51/53, 86/89).

Na Câmara Municipal de Americana e na Assembléia Legislativa do Estado vozes se ergueram, revoltadas, clamando e reclamando providências (fls. 63/69 e 70/76).

Esses, resumidamente, são os fatos que originaram o presente processo e ensejaram a prolação da r. sentença absolutória.

3. O art. 271 do Código Penal está assim redigido: "Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde".

A água **potável** é, destarte, o objeto sobre o qual incide a ação de "corromper ou poluir".

Entendeu o MM. Juiz prolator da sentença absolutória, acolhendo a tese sustentada pela brilhante e dedicada Defesa, inexistir, no caso concreto, o elemento **tipicidade** do delito, porque o rio já era poluído, suas águas não se poderiam considerar **potáveis**...

Conclui S. Ex^a dizendo: "É certo que a água já poluída não merece a tutela penal, segundo o Código Penal vigente" (fls. 1.106).

Este foi também o ponto de vista do eminente Relator sorteador, Des. Lauro Alves.

Com a devida vênia, tal tese não deve subsistir, segundo a opinião da maioria da Turma Julgadora, a seguir exposta.

4. Em primeiro lugar, cabe a pergunta: Seria crível que o legislador penal brasileiro tivesse deixado fora da tutela penal as águas de nossos rios, deixando-as expostas a todas as formas de poluição e, em especial, à poluição **industrial**, de conseqüências sempre dramáticas ?

Seria crível que o legislador de 1940 tivesse incorrido em tamanho pecado de omissão, quando é certo que até mesmo nas velhas Ordenações do Reino já o problema era abordado e devidamente previsto ?

Em verdade, no Título nº LXXXVIII do Livro V, que cuidava "das caças e pescarias defesas", já se resguardava o patrimônio nacional com severas disposições cujo remate rezava: "O que assim havemos por bem, para que se não mate a criação do peixe, nem se corrompam as águas dos rios e lagoas, em que o gado bebe" (§ 79).

Seria crível, indaga-se pela última vez, que o Código Penal de 1940 — diploma que pode ter envelhecido em alguns dispositivos, em face da inexorável passagem do tempo e evolução dos costumes, mas que sempre recebeu e mereceu louvores dos estudiosos — tivesse fechado os olhos à realidade, ao bem comum, deixando os nossos rios ao desamparo da proteção penal ?

Aresposta só pode ser veemente negativa.

Está dito na introdução ao Código Civil, no art. 59, preceito de vigência universal, que: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Logo, a exegese esdrúxula do art. 271 do Código Penal, cujo coloratório final equivaleria a dizer às empresas que poderiam, livre e impunemente, às escâncaras e desbragadamente, lançar nos rios o lixo industrial, ainda que isso acarretasse (como no caso em tela) autêntica devastação ecológica, constitui verdadeiro absurdo, "data venia", que desatende aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Sempre com a máxima vênia, diremos que tal absurda interpretação é, mais ou menos, como pretender colocar uma camisa-de-força em um rinoceronte de Ionesco...

Conforme ponderou o eminente Des. ODILON DA COSTA MANSO, em memorável voto vencedor proferido no julgamento do "Habeas Corpus" nº 44.710, de Piracicaba: "Nenhum conceito bioquímico de potabilidade, nenhuma interpretação histórica será capaz de encobrir a irrefragável realidade dos fatos, e de negar que no Brasil os rios podem, também, em tese, ser incluídos na categoria de 'água potável' de uso comum" (RT vol. 238/80).

A este propósito, interpretando com lucidez o texto da lei penal brasileira, MAGALHÃES DRUMMOND obtemperou o seguinte:

"Não nos parece que a expressão 'potável' se possa, no caso, tomar na especial acepção de pureza e inocuidade bioquímica. Não é crível que o legislador cuidasse só da defesa da água assim potável, isso num país como o nosso, no qual, em geral, tanto deixa a desejar, desse ponto de vista, a água de beber. Vários são, necessariamente, os graus de potabilidade. Mesmo não absolutamente inócua do ponto de vista bioquímico, a água serve a saciar a sede e a ministrar ao organismo elementos indispensáveis a seu desenvolvimento e duração. Nossas populações não dispõem de outra. Limitar a proteção penal simplesmente à água bioquimicamente potável seria o mesmo que o Estado se declarar indiferente ao envenenamento ou poluição da única água acessível às pessoas e animais. Assim **potável**, no caso, deve abranger não só a potabilidade bioquímica mas também a potabilidade menos rigorosa, mas incomparavelmente mais encontrada no Brasil, e consistente em servir para beber e cozinhar, segundo a apreciação popular. Água de que se possa razoavelmente utilizar, será 'água potável' para os fins da lei penal" ("Comentários ao Código Penal", ed. RF, 1944, vol. IX/111).

Sobre o tema, a palavra magistral do insigne NÉLSON HUNGRIA assim se manifestou: "**Água potável** é a imune de elementos insalubres ou própria para beber, permitindo o uso alimentar (veja-se art. 702 do Decreto nº 16.300, de 1923); mas não é necessário que seja irrepreensivelmente pura, bastando que seja ingerida habitualmente por indeterminado número de pessoas" ("Comentários ao Código Penal", ed. RF, 1958, vol. IX/107).

Afinando-se por esse mesmo diapasão, quanto ao conceito de **água potável** em nosso Código Penal, MAGALHÃES NORONHA afirmou que "não é indispensável ser absolutamente pura" ("Direito Penal", Sarai-va, 1968, vol. 40/20), e, por seu turno, JORGE SEVERIANO RIBEIRO observou que "a lei não protege apenas as águas quimicamente e bacteriológicamente puras, mas em geral (aquelas de que se serve o público" ("Código Penal", ed. Livraria Jacintho, 1942, vol. 40/264). Este é tam-

bem o pensamento de BENTO DE FARIA, expresso em seu "Código Penal Brasileiro", ed. Livraria Jacintho, 1943, vol. V/332 e 333.

Não divergem, em suma, os comentaristas de nosso Código Penal. Todos convergem para a única razoável interpretação da expressão "água potável", objeto sobre o qual incide a ação de "corromper ou poluir" do art. 271.

Resumindo e enfeixando, com precisão, todas as opiniões de nossos mais conceituados penalistas, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO preleciona no sentido de que **água potável** é a "destinada à alimentação, não se exigindo, como diz Maggiore, que seja pura, desde que seja normalmente bebida pela população" ("Lições de Direito Penal", Parte Especial, 3ª ed. Forense, pág. 12, nº 868).

5. Ora, as águas fluviais poluídas pela "Ajinomoto" serviam para abastecer a população da cidade de Americana. Após captação, adução e tratamento, eram utilizadas e consumidas pelos moradores desse importante burgo paulista.

Encartam-se, pois, no conceito de "potabilidade menos rigorosa, mas incomparavelmente mais encontrada no Brasil", a que aludiu o douto MAGALHÃES DRUMMOND. "Água de que se possa razoavelmente utilizar será **água potável**, para os fins da lei penal".

O conceito bioquímico de água potável corresponde, "data venia", a uma interpretação irreal, feita sem os pés no chão, inspirada, equivocadamente, no mais lírico bucolismo virgiliano... Porque, deveras, água em estado de pureza absoluta, água bioquimicamente pura, somente se irá encontrar nas nascentes situadas em íngremes escarpas onde grimpam apenas os cabritos monteses...

Na conceituação da potabilidade há de existir uma visualização **prática** e as águas focalizadas neste processo-crime eram "praticamente" potáveis, posto que consumidas, após o devido tratamento, pelos habitantes de Americana.

Em virtude da atividade nefasta da indústria "Ajinomoto", aquela população ficou 33 horas privada do precioso líquido.

O corte no abastecimento foi determinado e fazia-se indispensável, para a defesa da saúde dos moradores.

O crime do art. 271 é de perigo abstrato ou presumido. Consu-ma-se no momento e no lugar em que a água é corrompida ou poluída, oferecendo perigo para a saúde pública, independentemente de qualquer outro resultado.

Não haja dúvidas, pois. O delito concretizou-se, inclusive sob o aspecto da **tipicidade**. Mais do que mero ilícito administrativo, houve um ilícito penal.

Vale, aqui, repetir as palavras do Des. ODILON DA COSTA MANSO, em seu admirável voto vencedor no já citado "Habeas Corpus" nº 44.710:

"O Código Penal foi feito para todo o país. E no país todo as populações ribeirinhas se abasteciam — como ainda sucede com manifesta freqüência — das águas de rios.

São essas águas, em inúmeros lugares, que as mulheres trazem em latas equilibradas milagrosamente à cabeça, para serem desde logo deitadas às panelas, ou decantadas em potes e talhas de barro, para dessedentar. São essas águas que ontem, como hoje, os poderes públicos captam, em condições variáveis segundo as possibilidades, para o abastecimento de vilas e cidades' (RT, 238/82 .)

Como, pois, conservar-se o intérprete manietado ao utópico conceito de "água potável", como sendo só aquela linfa de pureza virginal, bioquimicamente pura ?

Tal exegese, defendida pelos denodados patronos dos apelados, equivaleria, se acolhida, a dizer que é lícita a poluição industrial das águas fluviais que abastecem as nossas populações. Equivaleria a proclamar o desprezo da lei penal pela saúde pública.

Não é crível, contudo — conforme ponderou o douto Procurador oficiante — que o legislador tenha considerado **irrelevantes** os bens atingidos pela poluição industrial das águas; não é admissível que **ato manifestamente anti-social**, como o retratado nestes autos, seja considerado **atípico**, e, conseqüentemente, **impunível** (fls. 1.151).

Dáí porque a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo deve, com firmeza, traçar o rumo certo para as situações semelhantes à destes autos — mormente agora, quando os atentados ecológicos já se estendem até, segundo noticiado na imprensa, às águas do longínquo Rio Coxim, um dos preferidos pelos pescadores paulistas — reiterando aquela ementa do julgamento do já referido "Habeas Corpus" nº 44.710:

"Referindo-se a 'água potável', em seu art. 271, o Código Penal vigente não abrange, apenas, as águas de pureza e inocuidade bioquímica, mas, também, aquelas de que as populações ribeirinhas, os moradores das zonas rurais, se servem, pouco importando que sejam recolhidas em poços, rios, cisternas ou açudes, filtrada ou não, ou fornecida mediante distribuição, seja pública ou particular" (RT, 238/72).

6. Ante todo o exposto, impõe-se a conclusão no sentido da configuração delituosa, na espécie; não, porém, na modalidade dolosa pre-

vista no art. 271, **caput**, e, sim, na modalidade culposa prevista no parágrafo único do mesmo artigo.

A desclassificação ora operada **em benefício dos réus** dispensa a formalidade do art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal.

Os réus defenderam-se amplamente da acusação de terem praticado o delito de "corrupção ou poluição de água potável" em forma continuada (art. 271, **caput**, c.c. o art. 51, § 2º, todos do Código Penal).

Os fatos foram, minuciosamente, descritos na denúncia e nessa mesma realidade fática, imutável e tida como provada, é que repousa a presente solução condenatória.

Descabe, pois, falar em **mutatio libelli**.

Não se deu nova definição jurídica ao fato.

A acusação permanece, fundamentalmente, a mesma.

O artigo da lei penal infringido pelos apelados continua sendo aquele mesmo da capitulação inicial.

A desclassificação perfilhada pela maioria da Turma Julgadora diz respeito, apenas, ao elemento subjetivo da conduta, implicando situação penal muito mais benéfica aos réus, **implícita** na descrição da inicial.

Desnecessária, destarte, como ficou dito, a formalidade processual do art. 384 e de seu parágrafo único, vedada, aliás, nesta Superior Instância, segundo a Súmula nº 453 do Colendo Supremo Tribunal Federal.

7. A maioria da Turma Julgadora perfilhou a tese da ocorrência do delito culposos, na espécie, afastando o dolo eventual, pelos motivos a seguir aduzidos.

Diz a Exposição de Motivos que antecede o Código Penal: "Segundo o preceito do art. 15, nº I, o dolo (que é a mais grave forma de culpabilidade) existe não só quando o agente quer diretamente o resultado (*effectus sceleris*), como quando assume o risco de produzi-lo".

Nessa definição do dolo eventual, o Código inspirou-se, até certo ponto, na extensiva fórmula preconizada pela Comissão incumbida do projeto de reforma do direito penal alemão, de 1927, com a diferença, contudo, anotada pelo insigne HUNGRIA, ao mencionar um trecho doutrinário de SCHÄFER, de que a fórmula germânica declarava bastante "o estar consciente do risco", ao passo que algo diverso é o ponto de vista do Código brasileiro.

"Assumir o risco é alguma coisa mais que **ter consciencia de correr o risco**: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente, a ocorrer" ("Comentários ao Código Penal", ed. Forense, 1978, vol. I, tomo II, pág. 122).

No caso concreto, as circunstâncias do fato, sopesadas cuidadosamente, indicam que os apelados — todos dirigentes responsáveis pela empresa, com poder de decisão — terão tido a representação da possibilidade do resultado catastrófico, mas manda o bom-senso que se repila, por ilógica, a assertiva de que deram anuência, deram aquiescência, aprovaram intimamente esse resultado.

Assim, a conclusão mais prudente será no sentido de que agiram com a denominada “culpa consciente” (“faute avec prévoyance” para os franceses, “bewusste Fahrlässigkeit” para os alemães). Não com dolo eventual. De resto, é realmente sutil a diferença entre as duas atitudes psíquicas.

“Há entre elas, é certo, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico; mas, enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, ao invés de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora inconsideradamente, a hipótese de superveniência do resultado, e empreende a ação na **esperança** ou persuasão de que este não ocorrerá” (HUNGRIA, *op. cit.*, págs. 116/117).

De forma incisiva, em poucas palavras, o preclaro ANÍBAL BRUNO preleciona no mesmo sentido: “Se o agente, prevendo embora o resultado, espera sinceramente que este não ocorra, não se pode falar de dolo, mas só de culpa. É a culpa com previsão ou culpa consciente” (*Direito Penal* — Parte Geral — ed. 1956, tomo 2º, págs. 457/458).

8. Pelos motivos expostos, a maioria da Turma Julgadora houve por bem dar provimento em parte ao apelo da Justiça Pública, a fim de considerar os apelados incurso no art. 271, parágrafo único, em combinação com o art. 51, § 2º, todos do Código Penal.

A pena-base foi fixada para cada réu no mínimo de 2 meses de detenção, sobre a qual incidiu o aumento de um-sexto, em virtude da continuidade.

A pena de cada apelado, portanto, concretizou-se em 2 meses e 10 dias de detenção.

9. A denúncia foi recebida em 20 de fevereiro de 1978 (fls. 137 — 1º vol.).

Há mais de quatro anos, portanto.

Tendo em conta a pena **in concreto**, cumpre reconhecer, de ofício, **ex vi** do art. 61 do Código de Processo Penal, ter ocorrido a prescrição, que, no caso, implica tão-somente renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal. O recurso da acusação, embora provido em parte, não constitui óbice ao decreto prescricional, à vista da dimensão da pena aplicada nesta Superior Instância.

10. É tempo de concluir.

Para remate, parece importante frisar a esperança de que a presente decisão se erija como um **exemplo** e uma **advertência**.

Vivemos dias difíceis em que, consoante disse o Prof. Mário Guimarães Ferri, citando Gerard Sykas, "corre o homem para ser salvo **pela tecnologia**, e, depois, para ser salvo **da tecnologia**" ("Ecologia e Poluição" , pág. 135).

As agressões contra o meio ambiente repetem-se.

Haverá exemplo mais confrangedor do que o de Cubatão ?

A poluição industrial vem crescendo em escala brutal e preocupante.

"Tende a converter-se num dos maiores males da sociedade contemporânea" (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, "A Poluição e seus Aspectos Jurídicos — Jornal do Advogado" julho/1976, pág. 4).

Urge pôr cobro a tal situação.

Se este acórdão, de alguma forma, contribuir para isso, terá atingido o seu precípuo objetivo de justiça.

Porque é preciso, é realmente preciso, que se cristalize na consciência de todos e de cada um que:

"O direito de viver e de trabalhar em meio ambiente sadio deve ser considerado como um dos direitos fundamentais do homem, impondo-se ao respeito de todos e exigindo uma proteção vigilante do legislador e do Juiz" ("Carta de Brasília, 25 de agosto de 1971, VIII Reunião do Conselho Central da União Internacional dos Magistrados").

Custas pelos apelados, na forma da lei.

O julgamento foi presidido pelo Desembargador ÍTALO GALLI e teve a participação dos Desembargadores CASTRO DUARTE, com voto vencedor e, LAURO ALVES, com voto vencido.

São Paulo, 27 de dezembro de 1982.

MARINO FALCÃO
Relator designado.