

REVISTA DO JAN • MAR 2017

MINISTÉRIO PÚBLICO **149**

ESTUDOS & REFLEXÕES

Vera Lúcia Raposo

Tudo aquilo que você sempre quis saber
sobre contratos de gestação
(mas o legislador teve medo de responder)

Carla Amado Gomes

Ambiente e crimes contra
a paz e segurança da Humanidade

Raimundo Queirós

O pedido de indemnização civil emergente
de crime cometido por menores

Fátima Baptista

A protecção do consumidor de seguros

Carlos Queimado

As relações "*in house providing*":
do acórdão "Teckal" às novas Diretivas –
Breve referência à jurisprudência "SUCH"
do Tribunal de Contas português

Ambiente e crimes contra a paz e segurança da Humanidade

Carla Amado Gomes

Professora da Faculdade de Direito de Lisboa

Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica (Porto)

SUMÁRIO: 0. Introdução: o crime de dano ambiental como “ofensa aos interesses da comunidade internacional no seu todo”; 1. O artigo 8, nº 2, alínea b), subalínea (iv) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional: um percurso atribulado...; 1.1. ... e um resultado desolador: a circunscrição do crime ambiental a cenários de conflitos armados internacionais; 2. As vias complementares: o crime ambiental como “genocídio” e como “crime contra a Humanidade” (artigos 6 e 7 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional); 3. Concluindo: Por uma definição verdadeiramente ecocêntrica de dano ecológico

0. INTRODUÇÃO: O CRIME DE DANO AMBIENTAL COMO “OFENSA AOS INTERESSES DA COMUNIDADE INTERNACIONAL NO SEU TODO”

Em 15 de Setembro de 2016, o Gabinete do Procurador do Tribunal Penal Internacional tornou público o *Policy paper on case selection and prioritisation*, no qual se traçam as prioridades de perseguição judicial para os próximos anos no seio daquela instituição. De entre os critérios de selecção dos crimes a que o Procurador anuncia que dará prioridade investigativa, conta-se o critério do impacto da conduta criminosa junto de comunidades ou

relativamente a factores ambientais. O ponto 41 é particularmente expressivo ao referir que

“The impact of the crimes may be assessed in light of, inter alia, the increased vulnerability of victims, the terror subsequently instilled, or the social, economic and environmental damage inflicted on the affected communities. In this context, the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land”.

A atenção a factores “ambientais” foi recentemente trazida para a ribalta com a condenação do criminoso de guerra Ahmad al-Faqi al-Mahdi pela destruição dos templos de Tombuctu, em 2010. Foi a primeira condenação prolatada ao abrigo do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (doravante, Estatuto de Roma) que não envolveu agressões a bens pessoais, sendo baseada “apenas” na defesa de valores culturais intemporais — a condenação aconteceu ao abrigo do artigo 8, nº 2, alínea e), subalínea (iv) do Estatuto de Roma. A maior tangibilidade do património cultural explica porventura que a tutela penal deste bem tenha ganhado dianteira sobre a defesa do ambiente, mas a referência, no *Policy paper* citado, a que será dada prioridade a casos de destruição de componentes ambientais, de exploração ilegal de recursos naturais e de deslocação de comunidades com desapossamento de terras faz crer que queixas como a que deu entrada no Tribunal em 2014, suportada por 10 cidadãos cambojanos contra a elite governativa daquele Estado por desapossamento de terras, desmatamento massivo e perseguição política, poderá avançar.

Na verdade, uma condenação baseada na destruição de componentes ambientais revela-se, por ora, difícil. A norma que permite suportar este tipo de situações demanda o preenchimento cumulativo

de pressupostos de árdua comprovação e insere-se num contexto específico. Para além de dever tratar-se de uma conduta qualificável como um dos mais graves crimes que afecte a comunidade internacional no seu todo (artigo 5 do Estatuto de Roma)^[1], leia-se em particular a subalínea (iv) da alínea b) do nº 2 do artigo 8 do Estatuto (realçado nosso):

- “2 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”:
- (...)
- b) *Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes actos:*
- (...)
- iv) *Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa;”*

Um exemplo muito consensual na doutrina de uma situação que encaixaria na previsão desta norma é o da destruição dos poços de petróleo no Koweit pelas forças iraquianas, no decurso da I Guerra do Golfo. Tratou-se de actos de destruição *intencional e massiva* de recursos naturais, cujos efeitos foram *extensos, duradouros e graves* para o ambiente na região, tanto do ponto vista natural como humano, e que foram *assumidamente excessivos relativamente ao objectivo militar perseguido*. Esta situação foi de tal forma grave que originou a famosa Resolução 687 do Conselho de Segurança

[1] Como se pode ler no ponto 125 do *Seventh report on State responsibility*, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur (1995) — disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_

[cn4_469.pdf&lang=E](#), — os critérios conjugados de qualificação de uma conduta como crime internacional são os seguintes: “(a) *infringing erga omnes* rules of international law, possibly of *jus cogens*; (b) being injurious to all Sta-

tes; (c) justifying a generalized demand for cessation/reparation; and (d) eventually justifying a generalized reaction in one form or another on the part of States or international bodies”.

da ONU, de 3 de Abril de 1991^[2], ao abrigo da qual uma Comissão de Compensação da ONU ficou encarregada de atribuir indemnizações por danos de vária natureza, nomeadamente despesas de avaliação e monitorização de risco futuro para o ambiente, passando por custos de prevenção e mitigação dos efeitos lesivos dos bombardeamentos, até à cobertura de custos de perda de serviços ecossistémicos. A atribuição de indemnizações com estes fundamentos estava sujeita a uma cláusula de “green conditionality”, ou seja, as verbas ficariam depositadas num Fundo que reembolsaria os Estados obrigados a despesas de recuperação ambiental contra prova da efectiva afectação dos montantes a tais fins.

Nesta época não estava, todavia, nem em vigor o Estatuto, nem em funcionamento o Tribunal Penal Internacional^[3] — nem, naturalmente, a norma que viria a dar origem ao preceito *supra* citado. A criminalização das ofensas ao ambiente resulta de um percurso atribulado, que se sintetizará no ponto seguinte mas que radica, em primeira linha, na progressiva valorização da protecção do ambiente pelo Direito Internacional — e pelos direitos internos. A afirmação, no princípio 2 da Declaração de Estocolmo de 1972, de que

“The natural resources of the earth, including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate”

marca o início de uma nova era, de reconhecimento — pelo menos teórico — de que os componentes ambientais e os ecossistemas constituem suportes de vida cuja preservação e promoção reveste

[2] Disponível em <http://www.un.org/Depts/unmovic/documents/687.pdf>

[3] O objectivo deste texto não é analisar o Estatuto nem as condições de actuação do Tribunal Penal Internacional. Para essa abordagem, veja-se

William SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, 5ª ed., Cambridge, 2017.

importância metageracional e é responsabilidade partilhada de todos os Estados. A destruição de bens ambientais, de forma massiva e sistemática, pode pôr em causa, mais do que (apenas) a subsistência de determinadas comunidades, a sobrevivência da Humanidade no planeta (pense-se na desflorestação, que elimina sumidouros de carbono, ou no degelo das calotes polares, que provoca a subida do nível dos oceanos e o desaparecimento de arquipélagos e cidades litorais); daí a necessidade de prevenir tais condutas, prevenindo normas sobre responsabilidade pelos danos dessa magnitude, tanto no plano civil como no plano penal.

Se a responsabilidade civil por dano ecológico (puro), apesar das aparências, ainda permanece actualmente uma hipótese problemática no plano do Direito Internacional^[4], a responsabilidade penal por danos ao ambiente, nesse mesmo contexto, tão pouco se afigura de simples efectivação. Como se assinalou, a previsão da norma do Estatuto de Roma que acolhe os crimes contra o ambiente revela um potencial aplicativo muito baixo — embora, na sua origem, fosse mais ambiciosa. Detenhamo-nos um pouco nas circunstâncias da sua evolução (1.), antes de testarmos vias alternativas ou complementares (2.). A final, teceremos algumas considerações conclusivas sobre a necessidade de previsão expressa do crime de dano ecológico (3.).

1. O ARTIGO 8, Nº 2, ALÍNEA B), SUBALÍNEA (IV) DO ESTATUTO DE ROMA: UM PERCURSO ATRIBULADO...;

As origens do normativo em análise remontam a 1947, data em que a Comissão de Direito Internacional da ONU foi mandatada pela Assembleia Geral para trabalhar sobre os princípios de Direito

[4] Conforme concluímos no nosso *A responsabilidade internacional do Estado por dano ecológico: uma miragem?*, in *Questões de responsabilidade internacional*, Atas da Conferência realizada na Escola de Direito da Universidade do Minho no dia 4 de dezembro de 2015, Braga, 2016, pp. 11 segs (livro

digital disponível aqui https://issuu.com/comunicadireito/docs/questoes_de_responsabilidade_intern).

Internacional reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberga e na decisão do Tribunal^[5], e para preparar um projecto de Código sobre ofensas à paz e à segurança da Humanidade (*Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*). Este Código esteve na agenda da Comissão em 1949/57 e novamente em 1982/96, residindo as principais dificuldades na definição do crime de “agressão”, que foram provocando adiamentos na formulação de uma versão final^[6].

Não é de admirar que o Projecto de 1954^[7] desconhecesse a questão da ofensa grave a componentes ambientais, uma vez que o tema só passou a constar da agenda política internacional a partir dos anos 1970. Os derrames de petróleo de petroleiros como os ocorridos na sequência do naufrágio do *Torrey Canyon* (1967) ou do choque entre os petroleiros *Atlantic Empress* e *Aegean Captain* (1979), de magnas consequências para o ambiente marinho; a fuga tóxica do complexo de Bhopal (1984); a explosão seguida de incêndio e libertação de radioactividade em Chernobyl (1986), chamaram a atenção para a necessidade de prevenção de desastres com consequências devastadoras para a saúde das pessoas e a integridade dos ecossistemas, bem assim como iluminaram o imperativo de responsabilização, civil e penal, dos seus agentes.

Assim se explica que, no segundo período de trabalho da Comissão de Direito Internacional (=CDI) sobre o projecto de Código, a inclusão do crime contra o ambiente tenha sido ponderada. No *Second report on the Draft Code of offences against the peace and security of Mankind*, apresentado pelo Relator Especial Doudou Thiam em 1984^[8], surgiu uma proposta, num capítulo que abrangeria “outras violações do Direito Internacional reconhecidas pela comunidade internacional

[5] *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal* (1950) — disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf

[6] O crime de agressão veio a ser criado

apenas em 2010, na Conferência de Kampala, tendo o artigo 8bis entrado em vigor em 8 de Maio de 2013. Portugal aprovou as alterações ao Estatuto de Roma através da Resolução da Assembleia da República 31/2017, e a Presidência da República ratificou tais alterações pelo Decreto 21/2017, de 20 de Fevereiro.

[7] Disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_3_1954.pdf&lang=EF

[8] Disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_377.pdf

desde 1954” — além do genocídio, do crime contra a Humanidade e dos crimes de guerra — no sentido da criminalização de “Acts causing serious damage to the environment” (cfr. o ponto 79 – Conclusão). Este *Second Report* analisava com particular cuidado a questão do armamento nuclear, cujo uso se reconhecia implicar consequências devastadoras para o planeta (cfr. pontos 51-53). A CDI considera que a melhor solução, no plano teórico, seria a sua proibição, mas obtempera que a existência destas armas pode ter uma dimensão útil, de dissuasão; assim, descarta a possibilidade da previsão de criminalizar a sua utilização, confessando que “The Commission must distinguish between what is desirable and what is possible and maintain a reasonably realistic stance” (ponto 53)^[9].

A propósito de ataques a locais utilizados como palco de testes militares e como depósito de armamento, a CDI observa que terá que decidir-se se tais situações poderão ser configurados como ilícitos autónomos ou se poderão reconduzir-se às ofensas sérias ao ambiente (ponto 79, último parágrafo).

No *Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of Mankind*, igualmente apresentado pelo Relator Especial Doudou Thiam, em 1986^[10], o crime contra o ambiente já aparece “arrumado” no artigo 12, dedicado a *Crimes contra a Humanidade*, com a seguinte formulação:

“4. Any serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment”.

[9] Sublinhe-se que o Tribunal Internacional de Justiça, no parecer de 1996 sobre a Legalidade da ameaça ou de uso de armas nucleares (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* — disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>) afirmou peremptoriamente, no consid. 67, que

o facto de os Estados não recorrerem ao uso de armas nucleares há mais de 50 anos (desde os bombardeamentos de Hiroshima e Nagasaki, em 1945) não traduz nenhuma *opinio juris* no sentido da proibição do seu uso futuro (embora seis juízes tenham considerado o contrário, sobretudo em razão

da existência do Tratado de não proliferação de armas nucleares, assinado em 1968 e em vigor desde 1970, hoje com 190 partes).

[10] Disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_398.pdf

Esta redacção mereceu reservas a alguns Estados, fundamentalmente relacionadas com a falta de referência a um dano grave e à intenção dolosa, tendo mesmo havido Estados a duvidar da bondade da solução de atribuição de natureza criminal a ofensas ao ambiente^[11]. Uma parte destas críticas fez-se ouvir e, em 1991, a redacção do preceito — agora o artigo 26 — evoluiu para um tipo autónomo^[12], rezando como segue:

“Article 26. Willful and severe damage to the environment

An individual who willfully causes or orders the causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment shall, on conviction thereof, be sentenced [to ...].”

Realce-se a inclusão da *intenção* de causar dano sério e da alusão à *gravidade* do dano, a qual assenta numa tríplice verificação (cumulativa): a intensidade do dano; a sua extensão temporal; e a sua extensão geográfica — de resto, uma expressão consagrada no artigo 1 da Convenção sobre a Proibição de Uso Militar ou de Qualquer Outro Uso Hostil de Técnicas de Modificação Ambiental (*Environmental Modification Convention (ENMOD)* — formalmente, *Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques*), de 1977, em vigor desde 1978^[13]. O pressuposto da intencionalidade (a culpa, ou *mens rea*) foi muito contestado, na medida em que certas actuações

[11] Cfr. a pág. 46 do *Report of the International Law Commission on the work of its thirty-eighth session, 5 May - 11 July 1986, Official Records of the General Assembly, Forty-first session, Supplement N.º 10* — disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_41_10.pdf&lang=EPS

[12] Cfr. a pág. 107 do *Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April - 19 July 1991, Official Records of the General Assembly, Forty-sixth session, Supplement N.º 10* — disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf&lang=EPS

[13] Sobre esta Convenção, vejam-se Arthur WESTING, *Environmental warfare*, *Environmental Law*, 1984/85, pp. 645 segs; Yoram DINSTEIN, *Protection of the Environment in International armed conflict*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2001, pp. 523 segs, 525-530.

lesivas do ambiente não têm vocação de causar dano, não têm esse objectivo como imediato — embora não o descartem. Operações de gestão de resíduos, de transporte de produtos tóxicos, de fabrico de produtos que geram emissões altamente poluentes para a atmosfera, podem causar dano sério e não terem por objectivo directo a provocação de um dano ao ambiente, mas apenas o desenvolvimento de uma actividade altamente lucrativa.

O objecto de protecção é o “natural environment” o qual, segundo o comentário da CDI, compreende

“the environment of the human race and where the human race develops, as well as areas the preservation of which is of fundamental importance in protecting the environment. These words therefore cover the seas, the atmosphere, climate, forests and other plant cover, fauna, flora and other biological elements”.

Esta interpretação confere um sentido amplo à noção de “natural environment” quer de protecção do ambiente enquanto suporte de vida humana, quer de tutela dos componentes ambientais enquanto portadores de valor intrínseco. Vale, de resto, a mesma interpretação no âmbito do artigo 22, que remete para ofensas graves ao “ambiente natural” praticadas em cenários de guerra (cfr. a alínea d) do n.º 2 do preceito)^[14]. Os termos em que

[14] A alínea em questão dispunha que: “2. For the purposes of this Code, an exceptionally serious war crime is an exceptionally serious violation of principles and rules of international law applicable in armed conflict consisting of any of the following acts: (...) (d) employing methods or means of warfare which are intended or may be expected to cause widespread, long-

-term and severe damage to the natural environment;”. Assinale-se que uma das primeiras tentativas de definição do crime de dano ambiental como crime internacional foi levada a cabo por Richard FALK (cfr. Richard A. FALK, *Environmental Warfare and Ecocide - Facts, Appraisal, and Proposals*, *Bulletin of Peace Proposals*, vol. I, Universitetsforlaget: Oslo, 1973, pp. 80 segs),

no âmbito da elaboração de um projecto de *Convention on Ecocidal War* num forum paralelo à Conferência de Estocolmo, no qual se elencavam várias acções típicas dirigidas a destruir ou degradar um “human ecosystem”:

“Art. I - The Contracting Parties confirm that ecocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under

esta disposição se encontrava redigida causavam, no entanto, algum desconforto na convivência com o artigo 26, dado que no plano do crime de guerra se dispensava a intenção de causar dano — nas palavras da CDI, o dano ao ambiente em cenário de guerra “covers cases in which destruction of the natural environment was not the essential aim of the user of such methods or means of warfare, but, aware of the potentially disastrous consequences of such means or methods on the environment, he nonetheless decided to employ them”^[15]. Alguns Estados pugnaram, então, pela harmonização do artigo 26 com o artigo 22, descartando-se a intenção (criminosa).

Na sequência destas discordâncias, a CDI decidiu constituir, em 1995, um Grupo de Trabalho integrado por Doudou Thiam, Christian Tomuschat, Mochtar Kusumaatmadja, Alberto Szekely e Chusei Yamada, tendo-os incumbido de estudar a melhor forma de incluir as ofensas graves ao ambiente no Projecto de artigos sobre crimes contra a paz e a segurança da Humanidade. Tomuschat foi o Relator de um documento de trabalho sobre o tema^[16], no qual deixou bem clara a essencialidade da inclusão dos crimes contra o ambiente, enquanto ofensas graves e duradouras, no leque de crimes contra a paz e segurança da Humanidade. Nesse documento

international law which they undertake to prevent and punish.

Art. II - In the present convention, ecocide means any the following acts committed with the intend to disrupt or destroy, in whole or in part, a human ecosystem:

- (a) The use of weapons of mass destruction, whether nuclear, bacteriological, chemical or other;
- (b) The use of chemical herbicides to defoliate and deforest natural forests for military purposes;
- (c) The use of bombs and artillery in such quantity, density or size as to impair the qualify of the soil or to enhance the prospect of diseases dangerous to

human beings, animals or crops;

- (d) The use of bulldozing equipment to destroy large tracts of forest or cropland for military purposes;
- (e) The use of techniques designed to increase or decrease rainfall or otherwise modify weather as a weapon of war;
- (f) The forcible removal of human beings or animals from their habitual places of habitation to expedite the pursuit of military or industrial objectives;

Art. III - The following acts shall be punishable:

- (a) Ecocide;
- (b) Conspiracy to commit Ecocide;

- (c) Direct and public incitement to Ecocide;
- (d) Attempt to commit Ecocide;
- (e) Complicity in Ecocide”.

[15] Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session, 29 April - 19 July 1991, cit., p. 106.

[16] ILC(XLVIII)/DC/CRD.3 - Document on crimes against the environment, prepared by Mr. Christian Tomuschat, member of the Commission (1995) — disponível em http://legal.un.org/ilc/documentation/english/ilc_xlviii_dc_crd3.pdf

avancam-se algumas conclusões que julgamos relevantes para traçar a história do preceito hoje plasmado no Estatuto de Roma:

- i) o crime de dano ao ambiente é perfeitamente concebível sem a pressuposição de um dano às pessoas: por um lado, porque ao ambiente é reconhecido valor autónomo desde os anos 1970 e, por outro lado, porque há outros crimes internacionais que dispensam o dano a bens jurídicos pessoais, um dos quais, de resto, está presente no Projecto, traduzindo-se na destruição de bens que incorporem valores culturais e religiosos. Apesar de poder considerar-se um factor agravante o facto de os atentados ao ambiente inviabilizarem ou degradarem as condições de vida numa determinada zona, esta (dupla) lesão não é condição necessária à verificação de um dano maior ao ambiente^[17];
- ii) o crime de dano maior ao ambiente não deve ficar confinado a cenários de guerra, embora se reconheça que, em tempo de normalidade, não será habitual ocorrerem manifestações que preencham os pressupostos do tipo^[18];
- iii) a relevância do bem jurídico e a magnitude nociva dos efeitos justifica a criação de um crime internacional, independentemente da sua consagração quer nas legislações nacionais, quer em instrumentos internacionais. Por outras palavras, a disposição a inserir num futuro Código deve valer como norma primária de imputação de responsabilidade penal, sem embargo de poder ter ou não sede em outras normas, internas ou internacionais^[19];

[17] Document on crimes..., cit., p. 22 e 24: “The human being is the ultimate beneficiary of the efforts undertaken, but the disruptive effect of damage to the environment does not necessarily need to be measured in terms of injury to human life and physical integrity”.

[18] Document on crimes..., cit., p. 22.

[19] Document on crimes..., cit., p. 25: “Draft article 26, as adopted by the Commission on first reading, rests on the premise that certain actions, inasmuch as they target the foundations of human society, must be deemed to be unlawful per se, without having to be prohibited by specific norms”. Uma resenha de modelos de penetração de preceitos prevendo a responsabilização penal por lesões ao ambiente

na sequência da ratificação de convenções internacionais nos ordenamentos internos pode ver-se em BYUNG-SUN Cho, *Emergence of an International Environmental Criminal Law?*, *UCLA Journal of Environmental Law and Policy*, vol. 19, 2000/1, pp. 11 segs (disponível em <https://escholarship.org/uc/item/oph8h7r5>). O autor conclui que “In general, the vast majority

iv) o elemento da intenção de causar dano deve estar presente na norma incriminadora — ainda que seja uma intenção indirecta ou uma consciência de que a acção, mesmo que não tenha o dano ao ambiente como objectivo, pode muito provavelmente vir a causar um prejuízo maior a componentes ambientais. O documento sugere que a expressão “willfully” seja substituída por “knowingly”, para se lhe poder associar essa consciência da lesividade — e, reflexamente, para se eximir condutas lesivas de carácter económico do tipo de crime^[20].

Antes de prosseguir para o desfecho deste percurso, deve assinalar-se a convivência desta norma do Projecto de artigos sobre crimes contra a paz e segurança da Humanidade com uma outra norma, constante do Projecto de artigos sobre responsabilidade dos Estados (*Draft articles on State responsibility*), avançado pela Comissão de Direito Internacional em 1996 — o artigo 19 —, o qual desapareceu da versão final submetida à Assembleia Geral da ONU em 2001. A norma em questão era a seguinte:

“Article 19 – *International crimes and international delicts:*
(...)

2. *An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.*

of international environmental conventions contain the implicit recognition of the penal nature of the act by establishing a duty to prohibit, prevent, prosecute, punish, or the like. Strictly speaking conventions are generally only a source of obligation, not a source of law. These conventions, as a rule, do not usually contain fixed concrete measures to deal with offenses” (p. 18).

[20] Document on crimes..., cit., p. 26: “It may be assumed, however, that hitherto a tacit understanding had prevailed to the effect that generally crimes against the peace and security of Mankind can be committed only intentionally, not by negligence. This was said explicitly for crimes against the environment in the text of draft article 26 as adopted in 1991, where the term “willfully” was used. (...) The

objective of the draft Code is not to strike at crimes that are — unfortunately — perpetrated almost every day for gainful purposes. It is meant to deal with situations that cannot be handled in the traditional ways by the existing machinery for the prosecution of criminal acts. In such instances, intent will generally be present”.

3. *Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from:*
(...)
(d) *a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.”*

Esta disposição, que alguém qualificou como “esquizofrénica” em face dos preceitos do Projecto de artigos sobre crimes contra a paz e segurança da Humanidade^[21], não vingou por razões várias: - devido à circularidade da sua formulação, que tornava a tarefa de definição do que é um crime tautológica; - por, em consequência, não se saber a quem cabe a definição do que é “crime”; - porque não existia um tribunal com jurisdição sobre estas condutas — não poderia ser o Tribunal Internacional de Justiça, pois a sua jurisdição depende de aceitação das partes; - dado que este Projecto estava primordialmente vocacionado para a responsabilidade civil e a referência à responsabilidade criminal surgia deslocada; - porque o âmbito subjectivo era restrito aos Estados, o que o tornava curto para um alargado número de casos, preconizados por empresas; e - porque, precisamente, os potenciais agentes seriam os Estados, o desconforto com a solução da incriminação “colectiva” era grande, uma vez que dos princípios de Nuremberga resulta que a utilização da via penal deve visar indivíduos (ainda que na qualidade de responsáveis políticos de Estados) e não o ente ‘Estado’ — ou seja, o artigo 19 pressupunha a incriminação de povos, de pessoas inocentes, afrontando o princípio de que “*societas delinquere non potest*”^[22].

[21] Mark Allan GRAY, *The international crime of ecocide*, California Western International Law Journal, vol. 26, 1996, pp. 215 segs, 265.

[22] Um levantamento das dúvidas suscitadas por esta disposição pode ser compulsado nos relatórios da própria Comissão de Direito Internacional sobre o Projecto — *Sixth report on State responsibility*, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, 1994, pontos 94-113 — disponível em http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_461.pdf&lang=EFS; e *Seventh report...*, cit., esp. pontos 121-134.

1.1. ... E UM RESULTADO DESOLADOR: A CIRCUNSCRIÇÃO DO CRIME AMBIENTAL A CENÁRIOS DE CONFLITOS ARMADOS INTERNACIONAIS

As conclusões do Grupo de Trabalho não tiveram eco no *Draft Code of crimes against the peace and security of Mankind*, apresentado pela Comissão em 1996. Nesse Projecto, o crime de dano ao ambiente ficou reduzido a crime de guerra, inscrito na alínea g) do artigo 20, com a seguinte formulação:

“Any of the following crimes constitutes a crime against peace and security of Mankind when committed in a systematic manner or on a large scale,

(...)

g) In the case of armed conflict, using methods or means of warfare not justified by military necessity with the intent to cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment and thereby gravely prejudice the health or survival of the population and such damage occurs”.

Esta norma não se limitava a reduzir o contexto no qual o crime de dano ao ambiente poderia relevar como crime contra a paz e segurança da Humanidade; ela impunha ainda, como elementos do tipo, o risco para a saúde e integridade física de populações, risco esse que deveria ser comprovado e não apenas provável.

O atribulado percurso desta norma terminou com a previsão, já enunciada, na subalínea (iv) da alínea b) do n° 2 do artigo 8 do Estatuto de Roma, na qual este retrocesso veio a ser sensivelmente corrigido, uma vez que a eclosão de danos maiores ao ambiente surge independentizada dos danos às populações; porém, a circunscrição do dano ao ambiente a um crime de guerra é fortemente limitativa do seu potencial e frustra as expectativas que o processo de construção do Estatuto criou em torno de tal previsão^[23].

Recorde-se que, nos termos da disposição indicada, para se dar por preenchidos os pressupostos de crime de guerra por dano maior ao ambiente, é necessário:

- a) que exista um ataque intencional;
- b) que se assuma como certo que este ataque causará prejuízos ao ambiente;
 - b1) extensos,
 - b2) duradouros, e
 - b3) graves
- c) que esses prejuízos venham a revelar-se claramente excessivos tendo em mente a vantagem militar, global, directa e concreta, que se previa obter à partida.

Os autores que se têm pronunciado sobre esta disposição auguram-lhe um potencial aplicativo muito baixo, para não dizer raro^[24]. A reunião de todos os elementos do tipo é árdua, e a alusão a um juízo de proporcionalidade que ateste o claro excesso do resultado em face do objectivo pretendido parece mesmo legitimar o dano ao ambiente em cenário de guerra desde que não seja “manifestamente” excessivo^[25].

[23] Pode ler-se no Relatório *Environmental Crimes in Military Actions and the International Criminal Court (ICC) - United Nations Perspectives*, subscrito por Joe Sills, Jerome C. Glenn, Elizabeth Florescu e Theodore J. Gordon, 2001, p. 10, que o artigo “8(2)(b)(iv) was painstakingly negotiated; it perhaps represents the most debated, carefully worded offense in the list” (disponível aqui: <http://www.aepi.army.mil/publications/overseas-international/docs/env-crime-icc-printer.pdf>).

[24] Ouça-se Christian TOMUSCHAT, *Crimes against the Environment*, *Environmental Policy and Law*, 1996/6,

pp. 242 segs, 243: “One cannot escape the impression that nuclear arms played a decisive role in the minds of many of those who opted for the final text which now has been emasculated to such an extent that its conditions of applicability will almost never be met even after humankind would have gone through disasters of the most atrocious kind as a consequence of conscious action by persons who were completely aware of the fatal consequences their decisions would entail”; ou Steven FREELAND, *Human rights, the environment and conflict: addressing crimes against the environment*, *SUR - International Journal of Human Rights*, 2005/2, pp. 113 segs, 130:

“there is a real risk that the conditions for applying Article 8(2)(b)(iv) would be almost impossible to satisfy”.

[25] Uma vez que a guerra será, na grande maioria dos casos, sempre sinónimo de destruição, tanto do ambiente humano como do ambiente natural. Essa constatação fica bem espelhada no princípio 24 da Declaração do Rio de Janeiro (1992): “Warfare is inherently destructive of sustainable development. States shall therefore respect international law providing protection for the environment in times of armed conflict and cooperate in its further development, as necessary”.

Acresce uma outra redução do potencial aplicativo do preceito a conflitos bélicos “internacionais”, excluindo a sua chamada em contextos de conflito armado interno — o que é mais surpreendente ainda se considerarmos que no caso da destruição de monumentos históricos o crime de guerra se configura quer se trate de conflitos armados internacionais, quer de conflitos não internacionais (cfr. as subalíneas (ix) da alínea b), e (iv) da alínea e) do nº 2 do artigo 8 do Estatuto).

Arriscaríamos afirmar que sérios candidatos ao preenchimento do tipo seriam os bombardeamentos americanos de Hiroshima e Nagasaki com duas bombas atômicas, no final da II Guerra Mundial (1945); os bombardeamentos com gás laranja (*agent orange*) a que os Estados Unidos procederam entre 1961 e 1971, no Vietname, que afectaram milhões de pessoas (entre vietnamitas e soldados americanos) e danificaram, em alguns casos irreversivelmente, florestas e solos agrícolas; as explosões provocadas de mais de 700 poços de petróleo no Koweit durante a retirada das forças iraquianas na I Guerra do Golfo (1991); os bombardeamentos sistemáticos (de Março a Junho de 1999) de alvos militares e civis, entre eles refinarias e fábricas de produtos químicos, com bombas de urânio enriquecido, pelas forças da NATO na ex-Jugoslávia, que provocaram a morte de mais de 500 civis e causaram poluição atmosférica intensa; o envenenamento de poços de água potável pela milícia Janjaweed, apoiada pelo governo sudanês, com vista à erradicação ou deslocamento da minoria negra residente na zona de Darfur (2004)^[26].

Dúvidas podem legitimamente colocar-se relativamente a incluir hipóteses tais como:

- ▶ o bombardeamento de depósitos de armas químicas ou nu-

[26] Cfr. Steven FREELAND, *Human rights...*, cit., p. 114.

cleares para aniquilar o arsenal ofensivo de um Estado considerado um perigo potencial para a paz no mundo — a dúvida reside sobretudo no juízo de proporcionalidade sobre o balanceamento de interesses, uma vez que a paz no mundo poderia justificar uma ameaça de irradiação química/nuclear numa determinada área^[27];

- ▶ a realização de testes nucleares atmosféricos sobre uma zona de alto-mar, na sequência dos quais a radiação libertada mata milhares de peixes, por um Estado que trava uma guerra com outros e quis experimentar um novo míssil em zona fora de jurisdição — a dúvida está em que o contexto da destruição tem que ser um cenário de guerra e deve verificar-se um “ataque”, que aqui é dúbio qualificar^[28];
- ▶ a não adopção de medidas de contenção do aquecimento global através de políticas de descarbonização da economia e de abstenção de exploração de novas fontes de combustíveis fósseis — a dúvida reside, desde logo, na caracterização da inércia como um “ataque”, uma vez que claramente não se está num contexto de “guerra” convencional; ou
- ▶ a destruição, por um fogo que se tornou incontável devido a condições climáticas imprevistas, de uma vasta área de floresta tropical, por forças de manutenção da paz, cujo objectivo era desalojar terroristas que cometiam atrocidades sobre populações num Estado em guerra civil — a dúvida prende-se com a

[27] Na publicação do Tribunal Penal Internacional *Eléments des crimes* (2011), pode ler-se, a propósito do juízo de proporcionalidade, que a acusação tem que provar que o lesante incorporou na sua prognose a possibilidade de o dano se tornar claramente excessivo — interpretação que dificulta ainda mais a aplicação da norma, pois não só a actuação tem que ser voluntária e

o dano assumido, como a desproporcionalidade do mesmo deve ser intencional, não bastando a negligência (cfr. p. 20, nota 37).

[28] Note-se que há quem considere que a proibição de realização de testes nucleares atmosféricos resulta de uma norma com oponibilidade *erga omnes* em razão da sua natureza costumeira

— cfr. o *Document on crimes...* cit., ponto 50; porém, a existência de um Tratado de interdição total de ensaios nucleares (*Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty*), de 1996, que ainda não reuniu as ratificações necessárias para entrar em vigor, faz duvidar da sustentação dessa posição.

intencionalidade da actuação, uma vez que as proporções assumidas pelo fogo eram imprevisíveis à partida.

De afastar da hipótese normativa da subalínea (iv) da alínea b) do nº 2 do artigo 8 do Estatuto parece ser a hipótese de dano ambiental de proporções magnas provocado pela exploração abusiva de recursos naturais ou por emissões poluentes não controladas. Com efeito, e por exemplo, casos como as catástrofes sociais e ambientais:

- ▶ da contaminação por mercúrio vertido das instalações da Chisso para a baía de Minamata, desde a década de 1930^[29];
- ▶ do lago Agrío, no Equador, decorrente da exploração de petróleo pela Texaco levada a cabo desde os anos 1960, que resultou no depósito de 70.000 litros de resíduos no lago, inviabilizando a utilização da água por diversas tribos indígenas da região amazónica^[30];
- ▶ a contaminação do rio Ok Tedi, na Papua Nova Guiné, por resíduos de cianeto lançados pela companhia de mineração Ok Tedi River, a um ritmo de 90 milhões por ano desde a década de 1980^[31];
- ▶ provocada pela exploração de petróleo na bacia do Níger por um consórcio formado pela Shell e pela Companhia Nacional Petrolífera nigeriana, entre finais da década de 1950 e a década de 1990 (o tristemente célebre caso 'Ogoniland')^[32];

[29] Sobre este caso, vejam-se Koichiro FUJIKURA, *Litigation, administrative relief and political settlement for pollution victim compensation: Minamata mercury poisoning after fifty years*, Law in Japan: a turning point, org. de Daniel Foote, Washington, 2008, pp. 384 segs; Mami AOYAMA e Mark J. HUDSON, *Minamata as negative heritage: implications for Fukushima*, Pacific Geographies, nº 40, 2013, pp. 23 segs.

[30] Sobre este caso, vejam-se Elizabeth BLACK, *Litigation as a tool*

for development: the environment, human rights and the case of Texaco in Ecuador, *Journal of Public and International Affairs*, 2004, pp. 142 segs; e Maia Eliscovich SIGAL, *Socioeconomic effects of oil drilling: the case of Ecuador*, 2016, disponível em <http://economics.yale.edu/sites/default/files/files/Undergraduate/Nominated%20Senior%20Essays/2015-16/Eliscovich%20Sigal%20Senior%20Essay2016.pdf>.

[31] Sobre este caso, veja-se Stuart KIRSCH, *A case study of the campaign*

against the Ok Tedi Mine, *Critique of Anthropology*, 2002/2, pp 175 segs.

[32] Sobre este caso, vejam-se David WHEELER, Heike FABIG e Richard BOELE, *Paradoxes and dilemmas for stakeholders responsive firms in the extractive sector: lessons from the case of Shell and the Ogoni*, in *Journal of Business Ethics*, 2002/3, pp. 297 segs; FONS COOMANS, *The Ogoni case before the African Commission on Human and Peoples' Rights*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2003/3, pp. 749 segs.

- ▶ a exploração de petróleo nas areias betuminosas no Canadá, com danos ecológicos irreversíveis para os ecossistemas da região, desflorestação massiva noutras passagens e contaminação dos lençóis freáticos, que se intensificou desde o início do século XXI^[33], ficarão arredados do âmbito de aplicação do artigo 8, por estarmos claramente fora de cenários de guerra, não se tratando de ataques (no sentido bélico do termo) no quadro de operações militares, e nem havendo uma intenção — pelo menos directa — de causar dano ao ambiente. No entanto, a incúria das empresas, muitas vezes com a conivência das autoridades estatais, vai gerando danos, ecológicos e sociais, de proporções significativas, degradando bens de fruição colectiva e de importância vital para as populações e para o planeta, com prejuízos irreversíveis e lucros obscenos. A constatação desta destruição desregrada tem levado alguns autores a defender a incriminação destas condutas à margem do artigo 8, mas ainda dentro do Estatuto de Roma. Vejamos com que bases.

2. AS VIAS COMPLEMENTARES: O CRIME AMBIENTAL COMO “GENOCÍDIO” E COMO “CRIME CONTRA A HUMANIDADE” (ARTIGOS 6 E 7 DO ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL))

A restrição do âmbito de aplicação do crime de dano ambiental a “crimes de guerra” é muito limitativa, mas não exclui por completo a possibilidade de um atentado grave a componentes ambientais constituir crime — mesmo que a degradação provocada não configure o

[33] Sobre os impactos desta exploração, Angela CARTER, *Regulating the Environmental Impacts of Alberta's Tar Sands*, *Buffett Center for International and Comparative*

Studies Working Paper: Energy Series, Working paper nº 10.004, 2010 — disponível em http://buffett.northwestern.edu/documents/working-papers/Energy_10-004_Carter.pdf

bem jurídico protegido pela norma. Existem fundamentalmente duas vias complementares da hipótese analisada no ponto anterior:

- i) Por um lado, a via sediada no artigo 6, alínea c) do Estatuto de Roma, que acolhe o crime de *Genocídio*:

“Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘genocídio’ qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:

(...)

c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial”.

Basta pensarmos na ligação existencial que as comunidades indígenas têm com os territórios que habitam e com os componentes ambientais aí presentes para concebermos casos de genocídio perpetrados através da destruição de vastas zonas de floresta, de poluição intensa de rios, lagos, solos e da atmosfera envolvente^[34]. Condições idênticas podem ser infligidas sobre grupos étnicos ou mesmo sobre determinadas comunidades populacionais, em razão da sua raça — ponto é que se trate de degradação ou poluição que tenha por objectivo a erradicação física de um conjunto sociológico. Esta premissa afasta do âmbito de protecção da norma não só casos comumente identificados como de “injustiça ambiental”^[35] — porque a intenção de aniquilação normalmente não está presente, embora haja consciência da degradação aguda das condições de vida dos locais —, como também hipóteses de destruição massiva de componentes ambientais sem afectação de comunidades humanas.

[34] Sobre este ponto, veja-se Laura WESTRA, *Environmental Justice and the rights of Indigenous Peoples: International and domestic legal*

perspectives, London/Sterling, 2008, pp. 163 segs.

[35] Sobre este conceito, veja-se o nosso

Justiça ambiental, justiça espacial e deveres de protecção do Estado, in *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, Vol. 5, Rio de Janeiro, 2016, pp. 1 segs.

Um candidato a esta qualificação poderia ser o caso que envolveu a destruição dos pântanos de Al-Hawizeh e Al-Hammer no sul do Iraque, ordenada por Saddam Hussein como retaliação do apoio dado pela etnia aí residente, os Marsh, a insurgentes que o tentaram depor durante a I Guerra do Golfo. Esta zona pantanosa era suporte de vida económica e cultural da etnia, cujos antepassados remontam aos Sumérios, que consideravam a zona como os Jardins do Éden — e que, com mais duas zonas pantanosas também em território iraquiano, constitui o ecossistema mais importante do Médio Oriente. Com a operação de drenagem, a população perdeu o seu suporte de vida e as 500.000 pessoas aí sediadas na década de 1990, fruto da degradação ambiental e de assassinatos em série, caíram para 100.000 a 200.000 no início do século XXI, tendo a zona húmida em causa ficado reduzida a menos de 7% do seu tamanho original^[36].

- ii) Por outro lado, a via sediada no artigo 7, nº 1, alínea h), e nº 2, alínea g), do Estatuto, disposição que acolhe os *Crimes contra a Humanidade*:

“1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a Humanidade’ qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

(...)

- h) Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido no nº 3, ou em função de outros critérios*

[36] Sobre este caso, veja-se Nancy CERES, *Greening the International Criminal Court. A case study on the Marsh Arabs in the northern part of Iraq*, University of Amsterdam, 2012

— disponível em <http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=451726>. A autora qualifica a drenagem dos pântanos como “environmental genocide”, considerando-o elegível nos termos

do artigo 6, alínea c), caso o Estatuto já estivesse, à data dos factos, em vigor (cfr. pp. 28 a 31).

universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
(...)

2 - Para efeitos do nº 1:

- g) Por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em causa”.

O crime contra a Humanidade perpetrado contra grupos com uma determinada identidade dir-se-ia complementar do crime de genocídio, na medida em que aqui não está em mira a eliminação física das pessoas mas a degradação da sua dignidade moral através da privação, sistemática, grave e intencional, de condições de exercício de direitos fundamentais — por exemplo, destruição de locais de culto, proibição de transmissão de saberes tradicionais, imposição do uso de símbolos diferenciadores^[37]. Fazer interferir nesta sede factores ambientais ocorre nos mesmos termos descritos relativamente ao crime de genocídio, sendo certo que aqui o móbil não tem que atingir o patamar da erradicação física, mas apenas a privação do exercício de certos direitos fundamentais como a propriedade, a iniciativa económica ou a liberdade de desenvolvimento da personalidade, através da destruição ou degradação de componentes ambientais^[38]. Descartada fica, naturalmente, a ofensa ao ambiente enquanto crime autónomo, ou seja, sem a verificação dos pressupostos relacionados com a perseguição de comunidades humanas^[39].

[37] Como se pode ler no Relatório Whitaker sobre Genocídio (1985: p. 17 — disponível em <http://www.preventgenocide.org/prevent/UNdocs/whitaker>) —, há quem sinta a falta de uma norma especificamente sobre geno-

cídio cultural no Estatuto, bem assim como uma norma especialmente dedicada ao ecocídio. No entanto, a alusão à restrição grave e sistemática de direitos fundamentais de determinados grupos com laços de identidade história, social

ou culturalmente definidos, fornece, em nossa opinião, esse âmbito de protecção.

[38] Sobre a relação entre a afectação da propriedade do solo arável e a degradação da qualidade de recursos

Candidatos a esta qualificação seriam: o envenenamento de poços de água potável pela milícia Janjaweed, apoiada pelo governo sudanês, com vista ao deslocamento da minoria negra residente na zona de Darfur (2004)^[40] — elegível também para crime de guerra, ao abrigo do artigo 8, como se observou em I.I.; o confisco sistemático de terras pela elite governativa do Camboja para entrega em concessão a empresas multinacionais com vista à desflorestação e subsequente plantação de cana de açúcar e borracha, envolvendo, desde 2003, entre 300.000 a 500.000 camponeses, especialmente populações indígenas — note-se que em Setembro de 2016, o Procurador do Tribunal Penal Internacional, na sequência de um pedido de investigação apresentado em 2014 por 10 cidadãos cambojanos apoiados pela sociedade de advogados britânica *Global Diligence*, elegeu este caso para investigação, facto que está a ser visto como um importante precedente para o desenvolvimento da aplicação desta norma.

3. CONCLUINDO: POR UMA DEFINIÇÃO VERDADEIRAMENTE ECOCÊNTRICA DE DANO ECOLÓGICO

O percurso que empreendemos até agora revela-nos que as situações de dano ao ambiente passíveis de qualificação como crime in-

hídricos e o crime de genocídio, John ISHIYAMA e Anna PECHENINA, *Environmental degradation and genocide, 1958-2007*, Ethnopolitics: Formerly Global Review of Ethnopolitics, 2012/2, pp. 141 segs.

[39] Neste sentido, também Ricardo M. PEREIRA, *Environmental criminal liability and enforcement in European and International Law*, Leiden/Boston, 2015, p. 125.

[40] Note-se que na fase preliminar de julgamento, em 2009, a maioria dos juízes do Tribunal Penal Internacional considerou não estar provada a natureza “sistemática” dos ataques, nomeadamente dos envenenamentos de poços de água, tendo assim afastado a acusação de genocídio deduzida contra o Presidente Omar Al-Bashir. A juíza Usacka, no entanto, lavrou voto de vencida, argumentando que as acções de envenenamento, além da destruição

de colheitas e gado, assumiam carácter sistemático e visaram a expulsão das etnias Fur, Masalit e Zaghawa — *Protecting the environment during armed conflict – An inventory and analysis of international law*, UNEP, 2009, p. 31 (disponível em http://www.un.org/zh/events/environmentconflictday/pdfs/int_law.pdf).

ternacional contra a paz e segurança da Humanidade são de difícil verificação — ou porque se reconduzem a cenários de guerra, ou porque pressupõem a afectação de direitos humanos, mas sempre, em qualquer caso, porque exigem o preenchimento cumulativo de um conjunto de condições de avaliação com algum grau de subjectividade. Se é verdade que a incriminação, a este nível, deve estar reservada a hipóteses de dano com magnitude inegável — recorde-se desde logo a afirmação do artigo 5 do Estatuto de Roma —, não é menos certo que, sobretudo em Estados em que se verifiquem situações de anormalidade institucional ou de conluio entre governantes e agentes do dano, a possibilidade de recurso a uma norma que mais amplamente contemplasse o crime contra o ambiente no Estatuto faria a diferença.

Com efeito, a subsidiariedade que caracteriza o Estatuto de Roma, descrita no artigo 17, tem excepções que permitem contornar casos de ineficácia, voluntária ou sistémica, dos sistemas de justiça estatais (“the State is unwilling or unable”). E a imprescritibilidade que grava os crimes nele contidos (cfr. o artigo 29), bem como a extensão da moldura penal máxima a 30 anos ou mesmo a prisão perpétua (cfr. o artigo 77) são factores que conferem às incriminações constantes do Estatuto de Roma prevalência sobre a maior parte dos sistemas de incriminação por danos ao ambiente.

Com efeito, a importância que a preservação dos componentes ambientais veio ganhando desde a década de 1970, acompanhada, de resto, por apelos à cooperação interestatal no sentido de se estabelecer sanções civis, administrativas e penais, para comportamentos ilícitos que envolvam degradação dos componentes ambientais (recorem-se as exortações dos princípios 22, da *Declaração de Estocolmo*, e 13 da *Declaração do Rio*; ou a *Convenção sobre a protecção do ambiente pela via penal*, adoptada no âmbito do Conselho da Europa em 4 de Novembro de 1989^[41]; para além de centenas de convenções sectoriais com previsões idênticas) justificaria a maior abertura do

Estatuto de Roma a comportamentos manifestamente indiferentes à necessidade de tutela da integridade do ambiente que geram danos significativos (avaliados dos pontos de vista da sua intensidade; da sua extensão temporal; e da sua extensão geográfica).

É que, apesar dos esforços da doutrina no sentido de fazer encaixar nas disposições do Estatuto casos de poluição provocada por empresas em Estados menos desenvolvidos, muitas vezes com a conivência das autoridades estatais ou pelo menos contando com a sua indiferença, é altamente duvidoso que estejam preenchidos os elementos dos tipos, seja do artigo 8 (falta o contexto de guerra; falta o ataque intencional...), seja dos artigos 6 e 7 (falta a perseguição sistemática com vista à erradicação de um grupo populacional ou à restrição intolerável dos seus direitos fundamentais) — bem assim como situações de depleção massiva de exemplares de fauna ou flora, de desflorestação sistemática de florestas tropicais, de afectação de recursos hídricos a fins industriais com prejuízo para o ecossistema e para o abastecimento humano, de depósito de resíduos perigosos fora de aterros especificamente dedicados a esse fim^[42].

Assim, casos como a catástrofe sócio-ambiental da bacia do Níger provocada pela poluição descontrolada produzida nas refinarias da

[41] Assinale-se que esta Convenção não se encontra em vigor, uma vez que conta apenas com uma ratificação (da Estónia, em 26 de Abril de 2002), sendo necessárias três para entrar em vigor entre os Estados que a tenham ratificado (artigo 13, nº 3). O texto da Convenção está disponível aqui: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDC-TMContent?documentId=090000168007f3f4>. No que tange aos Estados-membros da União Europeia, a falta de interesse na ratificação pode dever-se ao facto de a União Europeia ter

aprovado uma directiva sobre protecção penal do ambiente: directiva 2008/99/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro.

[42] Insista-se em que o crime ecológico perpetrado por empresas ou sujeitos empresariais deve assumir proporções magnas para ser elegível nos termos de um instrumento como o Estatuto. Há autores de crimes ambientais internacionais que gozam de idênticas condições de favor no sentido da indiferença das autoridades estatais com jurisdição sobre os com-

ponentes ambientais em jogo que, sem embargo da ilicitude das suas acções e dos danos provocados ao ambiente, não alcançam o patamar incriminatório do Estatuto de Roma — cfr., sobre várias categorias de crimes ambientais internacionais de difícil perseguição, Gavin HAYMAN e Duncan BRACK, *International environmental crime – the nature and control of environmental black markets*, Workshop report, Royal Institute, 2002 — disponível em www.riia.org/sustainabledevelopment

Shell lançada para as águas, agudizada a partir da década de 1990; ou como a descarga, em 2006, de mais de quinhentas toneladas de resíduos altamente tóxicos pela *Trafigura Lda* em dezoito locais dos arredores de Abidjan, gerando mortes, um enorme alarme sanitário e poluição duradoura no solo e na água, são exemplos de “willful blindness”, de uma ‘indiferença consciente’ das empresas relativamente aos efeitos das suas acções, pontuais ou sistemáticas, e dos modelos de funcionamento que desenvolvem. Mas não cabem, objectivamente, nos tipos desenhados no Estatuto de Roma^[43].

Cumpre ressaltar, malgrado o desejo que possamos ter de que a situação fosse diferente, por um lado, que o Estatuto de Roma contém tipos de natureza penal, cuja interpretação e aplicação está subordinada aos princípios da legalidade (*nullum crimen sine lege*) e da tipicidade (não cabe interpretação extensiva nem analogia em Direito Penal, das normas incriminadoras) — cfr. o artigo 19 do Estatuto de Roma^[44]; e, por outro lado, que o percurso atribulado da norma sobre crimes contra o ambiente como valor intrínseco e destacada dos crimes de guerra depõe contra a tentativa de “enxerto” de casos de degradação grave dos componentes ambientais, sem intenção directa de causar dano e fora do contexto de cenários de guerra, no Estatuto. O acolhimento de tais situações teria que ser fruto da vontade inequívoca dos Estados partes do Estatuto, introduzindo uma norma especificamente dedicada à sua cobertura.

A questão que então se poderá colocar é a de saber que perspectiva de dano ao ambiente — ou de *ecocídio*, como é comumente designado — adoptar: antropocêntrica ou ecocêntrica.

[43] En sentido contrário, defendendo acerrimamente a qualificação do caso *Trafigura* como um “crime contra a Humanidade”, Amiseli Melchiade MANIRABONA, *L'affaire Trafigura: vers la répression de graves atteintes environnementales en tant que*

crimes contra l'Humanité?, *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2011/4, pp. 535 segs.

[44] Chamando a atenção para este ponto e arredando, assim, a possibilidade de distender os pressupostos dos

crimes inscritos no Estatuto a situações que manifestamente aí não devem ser reconduzidas, Ricardo M. PEREIRA, *Environmental criminal liability...*, cit., p. 122.

A via antropocêntrica aponta para o preenchimento do tipo de crime de dano ambiental perante lesões significativas de componentes ambientais que constituam degradação das condições de vida das populações mais directamente afectadas. Os autores que enveredam por esta via exploram os desdobramentos do crime de genocídio, falando do crime de ecocídio como o crime em falta no Estatuto — “the missing 5th crime against peace”^[45]. O Movimento *Eradicating ecocide*, liderado por Polly HIGGINS, levou junto da CDI, em 2010, uma proposta de aditamento ao Estatuto de Roma^[46] que dispunha o seguinte:

“Ecocide is the extensive damage to, destruction of or loss of ecosystem(s) of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been or will be severely diminished”

Esta definição peca pela extrema vaguidade dos seus elementos constitutivos (*maxime*, o termo ‘peaceful’...), além de incluir uma causa de ecocídio totalmente alheia ao princípio da culpa (“by other causes”), que a condena irreversivelmente. Como refere Orlindo BORGES, “a conduta humana é a base de toda a teoria do delito, incidindo sobre a mesma as categorias da tipicidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Sem ação humana não há que se falar em crime, sendo esse dispositivo, no que tange a ‘outras causas’, por tal razão, natimorto”^[47].

[45] *The ecocide Project — A Report by Anja GAUGER, Mai Pouye RABATEL-FERNEL, Louise KULBICKI, Damien SHORT, Polly HIGGINS*, 2012 (updated 2013) — disponível em https://sas-space.sas.ac.uk/4830/1/Ecocide_research_report_19_July_13.pdf.

[46] Isto além de, em 2012/2013, ter mobilizado uma iniciativa legislativa popular europeia no sentido da adopção de uma directiva da União Europeia sobre o tema: *End Ecocide in Europe: A Citizens' Initiative to give the Earth Rights* — cfr. [https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2013/01/documents/End-](https://www.endecocide.org/wp-content/uploads/2013/01/documents/End-ecocide-in-Europe-A-Citizens-Initiative-to-give-the-Earth-Rights.pdf)

ecocide-in-Europe-A-Citizens-Initiative-to-give-the-Earth-Rights.pdf.

[47] Orlindo Francisco BORGES, *Ecocídio: um crime ambiental internacional ou um crime internacional maquiado de verde?*, *Revista do IDB*, 2013/7, p. 6457 segs, 6477 — disponível em <http://www.idb-fdul.com/>.

Ao contrário da via antropocêntrica, a perspectiva ecocêntrica dá o crime ecológico por verificado mesmo que não haja prejuízo (presente e/ou futuro) para a vida e/ou saúde humanas. Alguns Estados consagram nas suas legislações o crime de ecocídio nesta perspectiva: veja-se, por exemplo, o pioneiro artigo 278 do Código Penal do Vietname, de 1980 (“Ecocide consists in destroying the natural environment, whether committed in time of peace or war, constitutes a crime against humanity”) ou, mais recentemente, o artigo 394 do Código Penal da Arménia, de 2003 (“Ecocide: Mass destruction of flora or fauna, poisoning the environment, the soils or water resources, as well as implementation of other actions causing an ecological catastrophe, is punished with imprisonment for the term of 10 to 15 years”).

Recorde-se, de resto, que o malogrado artigo 26 do Projecto de crimes contra a paz e a segurança da Humanidade, reproduzido *supra* (I), inseria-se nesta linha (“...causing of widespread, long-term and severe damage to the natural environment”), dispondo autonomamente sobre o crime ecológico, e convivendo ainda com a disposição relativa ao mesmo crime como crime de guerra (cfr. o artigo 22, reproduzido *supra*^[48]). A dupla incriminação permite, por um lado, não excluir práticas que, em razão da sua natureza bélica, poderiam ser “desculpadas”^[49] e, por outro lado, incluir ofensas graves, extensas e duradouras a componentes ambientais, dentro ou fora de jurisdição estatal, em situações de normalidade institucional, no âmbito do tipo.

Sublinhe-se que a consagração do crime ecológico como tipo autónomo dos crimes de genocídio, contra a Humanidade e de guerra, numa vertente ecocêntrica, não exclui a comissão destes outros crimes através de ofensas graves ao ambiente, mas antes acrescenta a essas condutas criminosas uma nova hipótese que realça a

[48] Cfr. nota 13.

[49] Não nos olvidemos de que o ecocídio terá nascido com as mais

antigas técnicas de guerra, aniquilando o inimigo pela fome ou sede, ou destruindo os seus esconderijos naturais pelo fogo — cfr. Ludwig A. TEKLAF, *Beyond restoration – the case of ecocide*, *Natural resources journal*, 1994/3, pp. 933 segs. 934-935.

importância do ambiente como grandeza de valor intrínseco. Esta via não impede, aliás, a inclusão da afectação da vida ou saúde das pessoas a título de circunstância agravante da medida da pena^[50].

Neste momento, nada aponta para que esse passo esteja próximo — nem na vertente antropocêntrica, nem (e sobretudo) na vertente ecocêntrica. Pense-se no percurso de mais de dez anos de debate sobre a norma vigente, durante o qual se esgrimiu um argumentário significativo sobre a necessidade de criação de um crime autónomo, que acabou por não vingar. Adite-se que o artigo 22 do Estatuto de Roma prevê a possibilidade de alteração dos elementos dos crimes nele constantes por maioria de 2/3 dos Estados partes, hipótese que não se aplica, todavia, em caso de criação de um *novo* crime — ou seja, para dar este passo seria necessário reunir a unanimidade dos Estados partes, o que não se afigura fácil. Reflecta-se ainda sobre a complexidade que envolverá a construção de um tipo penal, simultaneamente aberto e seguro, que permita abarcar a multiplicidade de atentados possíveis (“the naming of harms”) à multiplicidade de componentes ambientais existentes^[51].

Mais rapidamente o Tribunal Penal Internacional começará a explorar o máximo potencial das normas do Estatuto de Roma as quais, ainda que indirectamente, protegem o ambiente — como se viu *supra* e parece ser sua intenção, pelo menos declarada —, do que os Estados partes aditarão nova norma ao Estatuto de Roma no sentido de reforçar a tutela do ambiente contra comportamentos gravemente atentatórios da sua integridade. A realidade reclama-o mas a vontade política ignora-o. A História fará certamente o seu julgamento, mas este, como sabemos, chega sempre demasiado tarde...

[50] Já assim o entendia TOMUSCHAT no Relatório do Grupo de Trabalho que elaborou para a Comissão de Direito Internacional — cfr. *supra*, nota 17.

[51] Sobre este ponto, veja-se ROBWHITE, *Crimes against Nature: environmental criminology and ecological justice*, New York, 2008, pp. 90 segs.