

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Faculdade de Direito do Recife
Programa de Pós-Graduação em Direito
Curso de Doutorado

PROTEÇÃO PENAL DO AMBIENTE:
EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DO
CONJUNTO NORMATIVO.

Ivan Lira de Carvalho

TESE DE DOUTORADO
Área de Concentração: Direito Público

Recife
2006

Ivan Lira de Carvalho

PROTEÇÃO PENAL DO AMBIENTE:
EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DO CONJUNTO
NORMATIVO.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas – Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), como requisito para a obtenção do título de Doutor.
Orientador: Professor Doutor Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti.

Recife
2006

CARVALHO, Ivan Lira de
Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e
eficiência do conjunto normativo./Ivan Lira de Carvalho.
Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2006.
226p.

Ivan Lira de Carvalho

PROTEÇÃO PENAL DO AMBIENTE:
EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DO CONJUNTO
NORMATIVO.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas –
Faculdade de Direito do Recife, da Universidade
Federal de Pernambuco (UFPE), como requisito
para a obtenção do título de Doutor.

Área de Concentração: Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Francisco de
Queiroz Bezerra Cavalcanti

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Profa. Dra. Anamaria Campos Torres, Presidente/UFPE

Julgamento: Aprovado Assinatura: Anamaria Campos Torres

Prof. Dr. Pe. Francisco Caetano Pereira, 1º Examinador-externo/UNICAP

Julgamento: Aprovado Assinatura: Francisco Caetano Pereira

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior, 2º Examinador/UFRN

Julgamento: APROVADO Assinatura: Edilson Pereira Nobre Jr.

Prof. Dr. Andreas Joachim Krell, 3º Examinador/UFAL

Julgamento: aprovado Assinatura: Andreas Joachim Krell

Profa. Dra. Margarida de Oliveira Cantarelli, 4ª Examinadora/UFPE

Julgamento: aprovado Assinatura: Margarida de Oliveira Cantarelli

Recife, 11 de OUTUBRO de 2006.

Vice-Coordenador do Curso:

Professor Doutor Torquato da Silva Castro Júnior

A todos que contribuíram para que fosse vencida
mais esta etapa da minha vida acadêmica.
Eles sabem quem são.

RESUMO

CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. 2006. 226 p. Tese de Doutorado. Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

A proteção do meio ambiente tem sido uma preocupação constante do homem, desde tempos imemoriais, embora na fase primitiva essa atuação tenha ocorrido de forma mais instintiva do que racional. Mas, nos passos de avanço da vida em sociedade e considerando os progressos experimentados pela ciência e pelo saber em geral, a tutela do meio ambiente está inscrita entre as preocupações mais destacadas da humanidade. Os mais diversos ramos do conhecimento foram postos a favor da causa ambiental, inicialmente no campo das ciências naturais (com destaque para a Biologia), com posterior crescimento para a área da tecnologia, até ocupar espaço destacado como objeto das ciências sociais. E nesta última seara está incluído o Direito, embora tenha chegado à cruzada pró-ambiente um pouco tardiamente, com a realização da Conferência de Estocolmo, em 1972, discutindo causas e conseqüências da poluição. A partir daí cresceu a preocupação do Direito com as questões ambientais, que passaram a ser tratadas pelos diversos ramos jurídicos, inclusive o Direito Penal. Não tardou para que a tutela jurídico-penal dos bens ambientais tomasse vulto, de sorte a atualmente ser acatada, mesmo sob controvérsias, como disciplina jurídica autônoma. Questiona-se, no presente trabalho, se essa proteção penal é eficaz, efetiva e eficiente. Após a análise de argumentos positivos e negativos, é chegada a conclusão de que o Direito Penal Ambiental reúne esses atributos, mas desde que seja operado com moderação, tanto na criação de tipos incriminadores, como na aplicação das sanções.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiental. Direito Penal. Proteção. Meio ambiente. Eficaz. Efetivo. Eficiente.

ABSTRACT

CARVALHO, Ivan Lira de. *Proteção penal do ambiente: eficácia, efetividade e eficiência do conjunto normativo*. 2006. 226 p. Doctoral Thesis. Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The protection of the environment has been a constant concern of the man, since immemorial times, although in the primitive phase it happened in way more instinctive than rational. But, with the progress of the society, the science and the knowledge in general, the tutela of the environment is enrolled among the humanity's most outstanding concerns. The most diverse branches of the knowledge were put on behalf of the environmental cause, initially in natural science (with prominence for the Biology), with subsequent growth for the technology area, until occupying outstanding space as object of the social sciences, where the Right is placed, although it has arrived a little late to the crusade pro environmental, with the accomplishment of the Conference of Stockholm, in 1972, discussing causes and consequences of the pollution. Since then it increased the Right concern about the environmental questions, that became considered by the several juridical departaments, inclusively the Criminal Law. Then, the juridical-penal tutela of the environmental properties appeared, and now it is accepted, even under controversies, as autonomous juridical discipline. It is questioned, in the present work, if that penal protection is effective, power and efficient. After the analysis of positive and negative arguments, the conclusion is the Environmental Penal Right gathers those attributes, if operated with moderation, as much in the creation of incriminate types, as in the application of the santions.

PALAVRAS-CHAVE: Environmental. Criminal Law. Protection. Environment.

SUMÁRIO

PROTEÇÃO PENAL DO AMBIENTE: EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DO CONJUNTO NORMATIVO.

PRIMEIRA PARTE

Capítulo 1

1. INTRODUÇÃO.....	09
--------------------	----

Capítulo 2

2. SOBRE OS ATOS JURÍDICOS NORMATIVOS: EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DESTES.	
2.1. Considerações preliminares. Ato jurídico e norma jurídica	12
2.2. Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos normativos.....	14
2.3. Efetividade dos atos jurídicos normativos.....	17
2.4. Eficiência dos atos jurídicos normativos.....	19

Capítulo 3

3. AS CONDUTAS ANTI-SOCIAIS E A CRIMINALIZAÇÃO DESTAS.	
3.1. Notas sobre política criminal	21
3.2. Histórico sobre a criminalização das condutas.....	22
3.2.1. Primeiras considerações	22
3.2.2. Escorço histórico. Uma volta à Antiguidade	26
3.2.3. Instalação da Justiça Política. O Direito Penal Romano	28
3.2.4. O Direito Penal Germânico	29
3.2.5. O Direito Penal Canônico.....	30
3.2.6. Direito Penal Europeu, até meados do Século Dezoito	31
3.2.7. A queda do Absolutismo e a ascensão do Iluminismo	31
3.2.8. As Escolas do Direito Penal	33
3.2.8.1. A Escola Clássica	33
3.2.8.2. A Escola Positiva.....	37
3.2.8.3. As Escolas Ecléticas	38
3.3. Movimentos penais contemporâneos.	40
3.3.1. Generalidades	40
3.3.2. O Neo-Retribucionismo.....	41
3.3.3. O Abolicionismo	44
3.3.4. O Minimalismo.....	53

SEGUNDA PARTE

Capítulo 4

4. AS RELAÇÕES SOCIAIS E O MEIO AMBIENTE.	
---	--

4.1. Considerações sobre o homem e o meio ambiente.....	60
4.2. A importância da tutela jurídica do meio ambiente como instrumento de preservação da vida e do bem-estar do homem	63
4.3. Lineamentos da proteção penal do meio ambiente, nos limites do presente estudo ...	65
4.3.1. Generalidades	65
4.3.2. Sobre bem jurídico e outras considerações afins.....	66
4.3.3. Observações acerca do chamando constitucionalismo penal	73
4.3.4. A propósito do bem jurídico penal difuso	82

Capítulo 5

5. PRINCIPIOLOGIA DE UM DIREITO PENAL AMBIENTAL.

5.1. Sobre os princípios do Direito e sobre a importância destes no Direito Penal Ambiental	91
5.2. Princípio da cooperação (ou da participação).....	97
5.3. Princípio da precaução.....	102
5.4. Princípio do poluidor-pagador.....	105
5.5. Princípio do ônus social.....	108
5.6. Princípio do desenvolvimento sustentável	110
5.7. Princípio da informação ambiental.....	114
5.8. Princípio da educação ambiental	118
5.9. Princípio da legalidade penal.....	125
5.10. Princípio da lesividade (ou da ofensividade ou da danosidade).....	128
5.11. Princípio da intervenção mínima.....	130
5.12. Princípio da fragmentariedade.....	132
5.13. Princípio da adequação social	134

Capítulo 6

6. MAIS ALGUNS TRAÇOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL, ÚTEIS À DISCUSSÃO DA EFETIVIDADE, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA DESTES.

6.1. Moldura do delito ambiental	138
6.2. A responsabilidade penal em matéria ambiental	146
6.3. A pessoa jurídica delinqüente.....	162
6.3.1. Primeiras considerações sobre o controvertido tema	162
6.3.2. O tratamento da Lei 9.605/98.....	171
6.4. A bagatela nos delitos ambientais	178
6.5. Sobre a implementação da normativa ambiental.....	185
6.5.1. Elementos de crença na implementação da normativa ambiental	188
6.5.2. Elementos de descrença na implementação da normativa ambiental.....	194
6.5.3. No rumo da efetividade da implementação da normativa ambiental	196

Capítulo 7

7. ALGUMAS CONCLUSÕES	200
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	209

1. INTRODUÇÃO.

Diferentemente do que ocorreu com outras ramas, o Direito Ambiental é segmento relativamente recente no universo jurídico. Para que se tenha uma idéia de quão jovial é o assunto em questão, no Brasil, o primeiro trabalho doutrinário de fôlego especificamente tratando da junção do Direito com a Ecologia data de 1972. Mas, como os passos da sociedade são cada dia mais rápidos, cumprindo ao Direito acompanhá-los, não tardou para que as ciências jurídicas buscassem a especialização em questões referentes ao meio ambiente, advindo, daí, o Direito Ambiental, tratando o assunto de modo generalista, englobando os aspectos civis, administrativos, penais e até mesmo tributários da mencionada seara.

Mas, como a especialização é uma tendência natural de todas as áreas do conhecimento humano, logo chegou o momento para que o próprio Direito Ambiental, na sua versão clássica e original, demonstrasse a insuficiência do seu instrumental para enfrentar, de forma satisfatória, os problemas afetos à área penal. Ou seja, em si mesmo esse ramo jurídico não dispunha de meios para prevenir e reprimir as condutas atentatórias ao meio ambiente cujo espectro desbordasse dos controles extra-penais. Sentiu-se aí a necessidade natural da especialização, com foros de autonomia, do Direito Penal Ambiental, independência esta que pode ser aferida na existência de método próprio, objeto definido, princípios específicos e bibliografia delineada.

Mas, para que fosse comprovada a real utilidade do Direito Penal Ambiental em relação ao bem jurídico tutelado (o meio ambiente) necessária se fazia uma investigação detalhada acerca de alguns dos seus imprescindíveis atributos: a efetividade, a eficácia e a eficiência. Assim é que constitui preocupação maior do presente trabalho a abordagem da utilidade desfrutada pelo Direito, no que diz respeito à efetividade, à eficácia e à eficiência

das suas normas incriminadoras, quando voltados para deitar tutela jurídica sobre o bem jurídico ambiental. E uma análise desses elementos não pode deixar de contemplar, como embasamento, o próprio relacionamento do homem com o seu meio, notadamente no que diz respeito aos recursos naturais, sem que isso signifique desprezo ou menoscabo aos bens de índole cultural.

Perseguindo respostas para as dúvidas existentes a propósito dessa utilidade do Direito Penal Ambiental, sob o crivo da efetividade, da eficácia e da eficiência, é que neste ensaio são tecidas considerações, respaldadas em opiniões doutrinárias (nem sempre congruentes), em pronunciamentos judiciais e na realidade do conjunto normativo em vigor.

Nessa linha, desenvolveu-se investigação sobre a efetividade, a eficácia e a eficiência dos atos jurídicos e das normas jurídicas, com incontornável ingresso na Teoria Geral do Direito, mirando uma melhor base para o prosseguimento do estudo, conforme pode ser visto no Capítulo 2.

A seguir, cuida o trabalho das condutas anti-sociais e da criminalização destas (Capítulo 3), com foco para a política criminal, para o histórico da criminalização das condutas e para os movimentos penais contemporâneos, como o Neo-Retribucionismo, o Abolicionismo e o Minimalismo, pontuados pela influência e pelos reflexos na área da tutela penal do ambiente.

A segunda parte do trabalho é destinada especificamente e quase com exclusividade ao Direito Penal Ambiental. Assim, são enfocadas as relações sociais e o meio ambiente (Capítulo 4), ciente de que não é benfazejo o chamado “ecocentrismo excludente”, que propõe o total alheamento da importância do homem como co-destinatário da proteção jurídica do meio ambiente. Nesta parte do trabalho são tratados temas como a importância da tutela jurídica do meio ambiente como instrumento de preservação da vida e do bem-estar do homem, além de ser esboçado um lineamento para a proteção penal do meio ambiente,

incluindo abordagem acerca do bem jurídico (inclusive o bem jurídico difuso) e do constitucionalismo penal.

Também não poderia deixar de ser feita uma abordagem sobre os princípios que regem o Direito Penal Ambiental, na maioria hauridos do Direito Penal “clássico” e do Direito Ambiental, mas sem que isso signifique uma mera e moderna rotulagem de velhos princípios. São eles dotados de força própria, intercalada de valores bem próprios dos ramos jurídicos preocupados com a questão ambiental, indicando maior rigidez em determinados setores e maior plasticidade em outros.

Outros assuntos tormentosos não escaparam de análise no presente estudo, tais como o perfil do delito ambiental (que em muitos aspectos difere enormemente da moldura do crime “comum”), a responsabilidade penal em matéria ambiental (incluindo a da pessoa jurídica), a bagatela no delito ambiental e considerações sobre a implementação da normativa ambiental.

Em suma, para ser realmente útil à preservação do meio ambiente, é necessário que o Direito Penal Ambiental insira e preserve no seu conjunto normativo instrumentos que assegurem os atributos da efetividade, da eficácia e da eficiência. E é justamente a análise destes elementos a ocupação maior do presente ensaio, sem verdades preconcebidas e sem a pretensão de exaurir a discussão, mas muito pelo contrário, com o intuito de estimulá-la a prosseguir em outras abordagens.

2. SOBRE OS ATOS JURÍDICOS NORMATIVOS: EFICÁCIA, EFETIVIDADE E EFICIÊNCIA DESTES.

2.1. Considerações preliminares. Ato jurídico e norma jurídica.

Sobre ato jurídico, pode ser dito, de forma bastante primária, que é o fato que decorre da ação humana, voluntária e lícita, perpetrada com o fito de obter um resultado jurídico. É, pois, toda declaração de vontade individual que produz efeitos no mundo jurídico. Dizia o revogado Código Civil Brasileiro de 1916 (art. 81) ser o ato jurídico todo aquele timbrado de liceidade, tendo por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Nesse contexto, reclama o ato jurídico a presença dos seguintes requisitos (ou elementos): agente capaz, objeto lícito e forma não proibida em lei, ou prescrita por lei.

Com o advento da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil), optou o legislador por tratar o instituto sob o rótulo de “negócio jurídico” e ao invés de conceituá-lo, traçou, no art. 104, os seus atributos de validade, a saber: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei. Nada obstante a opção técnica do legislador de 2002, esta não desmerece e nem desnatura a permanência, no rol dos institutos jurídicos, do ato jurídico conforme perfilado linhas acima.

Em suma, um (o negócio jurídico) está mais prestigiado no campo dos ajustes, acertos, contratos e quejandos da área civil e empresarial; o outro (o ato jurídico) permanece hígido, notadamente na seara da Teoria do Direito, mas sem desligar-se da aplicação prática¹.

¹ De boa valia a explicação de Nicola Coviello, em citação feita por Vicente Ráo, para quem o negócio jurídico “se distingue dos fatos materiais (exteriores) por ser de sua essência a manifestação da vontade; distingue-se dos atos ilícitos, por estes produzirem conseqüências jurídicas dirigidas, não à atuação do intento prático, mas à reparação ou remoção do dano causado; distingue-se, finalmente, de outros fatos voluntários, porque destes

Aposto como um gênero, do qual a norma jurídica é espécie, não é desarrazoado falar-se em ato jurídico normativo, sinônimo da expressão mais propagada, a norma jurídica. A propósito de norma jurídica, escrevi² entender esta “como um ser lógico, que, independentemente de ser positivada, traça pauta de comportamento dos súditos do Estado ou da entidade que a proclama, para esses prevendo uma sanção em caso de desobediência (ainda que principiológica).”.

Traçadas essa preambulares considerações – confessadamente albergadas com mais conforto nos sítios da Teoria do Direito – há quadra para o ingresso da investigação no mundo da eficácia dos atos jurídicos normativos, perquirindo da sua idoneidade para o atingimento da finalidade para a qual foi ele gerado. Despreza-se, por economia acadêmica, a entrada detalhista na análise do elemento existência, integrante da classificação demarcada por Marcos Bernardes de Mello³ (existência, eficácia e eficiência).

Oportuno é citar que esses atributos dos atos jurídicos (inclusive os normativos) aqui comentados, têm uma âncora em uma teoria nascida nos sítios das ciências penais, o que aproxima ainda mais a abordagem do primacial objeto deste ensaio. Cuida-se do garantismo jurídico, que tem como mais reconhecido prócer Luigi Ferrajoli, tema que constitui ocupação de outro tópico desta pesquisa. Mas, lembra Alexandre Morais Rosa⁴ que o garantismo evoluiu do âmbito estritamente criminal para alcançar patamar da Teoria do Direito. Com esse espectro, no querer de Ferrajoli, são quatro as frentes garantistas: a primeira está vinculada à revisão da teoria da validade, que prega uma distinção entre validade material

resultam conseqüências nem sempre conformes o intento prático que as partes se propõem e, de modo geral, por não consistirem em simples manifestação da vontade, senão, também, em fatos materiais que produzem uma alteração nas coisas do mundo exterior, razão pela qual a lei não considera tanto o fim que a vontade se propõe, quanto o resultado material e de fato da ação praticada” (in RÁO, Vicente. *Ato ilícito*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 32.)

²CARVALHO, Ivan Lira de. *A interpretação da norma jurídica (Constitucional e Infraconstitucional)*. AJURIS, vol. 58. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio G. do Sul. 1994. pp. 306 a 322.

³MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficiência – 1ª. Parte*. 2ª. edição. São Paulo, Saraiva. 2004. p. 10.

⁴ROSA, Alexandre Morais. Princípios ambientais, direitos fundamentais, propriedade e abuso de direito: por uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli). *Direito Ambiental em Evolução*, n. 3. FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). Curitiba: Juruá, 2002. p. 43.

e validade formal; a segunda busca o reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, superando o caráter meramente procedimental desta; a terceira, vista sob o foco da atuação judicial, se propõe a uma nova maneira de ver a sujeição à lei apenas e tão-somente porque esta é lei (aspecto formal), pretendendo que esta sujeição somente aconteça quando conjugadas a forma e o conteúdo das normas (aspecto material); a quarta destaca a relevância da ciência jurídica, que deixa de ter um papel meramente descritivo para atuar de forma crítica e projetada para o futuro⁵.

2.2. Existência, validade e eficácia dos atos jurídicos normativos.

De primeiro, crê-se de larga utilidade a observação feita por Marcelo Navarro Ribeiro Dantas⁶ acerca das confusões terminológicas levadas a cabo por muitos dos autores que se ocupam do tema em destaque, “o que leva, em muitos casos, a imprecisões a antinomias, ou, quando menos, a uma visão fragmentada do conjunto dessas facetas normativas.”⁷. Assim, será aqui desenvolvido esforço no sentido de acompanhar, com o socorro da etimologia, a ordem das expressões catalogadas no título deste sub-capítulo.

No entender de Marcos Bernardes de Mello⁸, desde que a norma exista com vigência e seja válida (ou, inválida sendo, mas não tendo ainda a sua invalidez formalmente decretada por quem tenha força para tanto), será eficaz, “desde que se concretizem no mundo os fatos que constituem o seu suporte fático. Se os fatos previstos pela norma como seu

⁵ ROSA, Alexandre de Moraes. op. cit., pp. 43 e 44.

⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Existência, vigência, validade, eficácia e efetividade das normas jurídicas. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, Brasília, Procuradoria Geral da República, nº 2, pp. 155-169, jan-fev-mar 1993.

⁷ Ob. cit., p. 155.

⁸ Ob. op. cit., p. 17.

suporte fático não se materializarem, integralmente, no plano das realidades, a norma jamais será eficaz”⁹.

Hans Kelsen¹⁰ gizou assim o assunto: “Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos.”. E prossegue¹¹: “Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão.”.

Ao apreciar o posicionamento de Hans Kelsen, desposado na obra acima mencionada, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹² destaca que o autor vienense não operou a total separação entre as duas realidades (validade e eficácia), ao estabelecer que “sem um mínimo de eficácia a norma não poderia ser válida. Isto é, a norma teria de ter as condições mínimas para que a conduta nela regulada pudesse ocorrer ou não no plano dos fatos, para alcançar validade.”. E prossegue Marcelo Navarro Ribeiro Dantas¹³: “Destarte, uma norma que ordenasse: ‘É proibido respirar’ não seria válida porque de impossível cumprimento, assim como outra que comandasse: ‘É obrigatório respirar’ seria igualmente inválida porquanto jamais poderia ser desobedecida”.

Detalhista no quesito validade da norma jurídica é Miguel Reale¹⁴, quando assevera não ser suficiente que uma regra jurídica se estruture, já que é indispensável que ela atenda a requisitos de validade, para que seja obrigatória, sendo que validade “pode ser vista

⁹ Em nota de rodapé, ob. cit., p. 17, Marcos Bernardes de Mello explica: “29. Esse conceito de eficácia da norma jurídica é completamente diverso daquele ensinado por Hans Kelsen, de que a eficácia de uma norma jurídica resulta do seu cumprimento, nem que seja em um mínimo, pela comunidade a que se destina. Em verdade, o conceito kelseniano de eficácia corresponde àquele que denominamos de *efetividade da norma*, e não constitui dado inerente à juridicidade em si, mas é questão que se situa na dimensão sociológica do fenômeno jurídico.”.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1998. p. 11.

¹¹ Op. cit., p. 12.

¹² Ob. cit., p. 159.

¹³ Ob. cit., p. 159.

¹⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 2ª. Edição. São Paulo, José Bushatsky, Editor. 1974. p. 115.

sob três aspectos: o da validade formal, ou técnico-jurídica (*vigência*), o da validade social (*eficácia ou efetividade*) e o da validade ética (*fundamento*).” Quando Reale¹⁵ avança especificamente sobre a eficácia, diz que esta se refere “à aplicação ou execução da norma jurídica, ou, por outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhece-lo. Reconhecido o Direito é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade.”.

Outro autor que se ocupou, de forma até original, da eficácia das normas jurídicas, equiparando-a à própria vigência do comando, foi Alf Ross, dizendo que essa eficácia teria que ser auferida pelos julgadores e não pelos particulares. E nessa linha pregada por Alf Ross, “uma norma é vigente quando se pode predizer, com razoável probabilidade de acerto que, num caso futuro, o julgador a aplicará.”¹⁶.

A prevalecer integralmente o entendimento de Alf Ross, uma vez transposto para os sítios do Direito Penal Ambiental, *v.g.*, o homem não polui por imperativo exclusiva ou preponderantemente ético, sendo de pouca ou nenhuma valia a existência, no mercado jurídico, de uma norma proibitiva dessa conduta daninha e a lei penal ambiental tem a sua eficácia apurada somente quando interpretada e aplicada, concretamente, pelo órgão julgador. Com o merecido respeito, não parece adequada a postulação em comento quando levada para o campo do Direito Penal, especialmente pelo aspecto de prevenção geral ínsito a tal ramo. Outrossim, em relação ao Direito Penal Ambiental, mais difícil fica ainda a aplicação rasa do entendimento de Alf Ross, diante de uma série de princípios próprios dessa nova vertente jurídica, fulcrados no dever de cautela que inspiram na sociedade, a exemplo do princípio da precaução, do princípio da prevenção, do princípio da educação ambiental e do princípio da cooperação, todos analisados em outra parte deste ensaio. Casos da prevalência desses princípios no campo do Direito Penal Ambiental são encontrados no texto da Lei 9.605/98

¹⁵ Op. cit. p. 123.

¹⁶ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Ob. op. cit., p. 161.

(ainda que no capítulo dedicado à parte administrativa do diploma, mas sem perder o vínculo sistêmico com a área penal), que no artigo 79-A estampa o princípio da prevenção¹⁷ e no artigo 72, § 4º, prestigia o princípio da educação ambiental, pelo viés pedagógico da pena de multa¹⁸.

Assim, traçadas todas essas considerações, pode-se afirmar, com razoável margem de acerto, que a eficácia de uma norma jurídica reclama, como mais destacados atributos, a legitimidade da sua origem, a formalização adequada (veículo idôneo) e a respeitabilidade e o acatamento por parte da comunidade que dela é destinatária. Se assim é desenvolvido o raciocínio para as normas jurídicas em geral, seria impensável excluir-se desse rol as normas jurídico-penais, inclusive aquelas de cunho ambiental, objeto maior deste estudo. A subsunção da apreciação teórica do presente assunto à realidade da tutela penal dos bens ambientais haverá de ser feita no curso deste trabalho, advindo as conclusões que contribuam para o esclarecimento dos questionamentos que rondam o tema.

2.3. Efetividade dos atos jurídicos normativos.

Cuida-se, agora, da análise a propósito da efetividade das normas jurídicas, sem receio de manejar a sinonímia acima apontada (ato jurídico normativo e norma jurídica).

Em primeiro ponto, a respeito dessa efetividade, tem cabimento um aligeirado enfoque sobre

¹⁷ Veja-se a instrumentalidade do termo de ajustamento de conduta para evitar ou fazer cessar condutas potencial ou efetivamente danosas ao meio ambiente, implicando, por conseguinte, no esbarramento de um ilícito penal e da conseqüente ação punitiva: "Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores. - § 1º O termo de compromisso a que se refere este artigo destinar-se-á, exclusivamente, a permitir que as pessoas físicas e jurídicas mencionadas no *caput* possam promover as necessárias correções de suas atividades, para o atendimento das exigências impostas pelas autoridades ambientais competentes, sendo obrigatório que o respectivo instrumento disponha sobre: (*omissis*)".

¹⁸ Art. 72, "§ 4º. A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente."

a distinção que alguns autores fazem do que chamam de “eficácia jurídica” da norma, estremando-a da “eficácia social” do ato normativo, este último entendido como a efetividade do preceito.

A propósito, lembra Luis Roberto Barroso¹⁹: “A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

Numa figuração, é possível imaginar-se a efetividade de uma norma jurídica em um extremo e a sua forma oposta (a ausência de efetividade) em outra ponta, em permanente tensão, entremeadas por situações reais que tocam, com maior ou menor intensidade, nessa corda imaginária. Esse toque, por mínimo que seja e ainda que tenha o sinete da desobediência, serve para atestar a existência de alguma efetividade da norma²⁰.

Especificamente em relação ao Direito Penal Ambiental, é bem adequada a doutrina de Jean Carbonnier²¹, para quem a efetividade do Direito repousa na idéia de que a “sociedade que produz as normas produz também uma coação que se exerce sobre o que se desvia de sua observância...a coação do direito, dir-se-á então, é a que tem a sua origem num órgão diferenciado, especializado. O órgão que tem o nome de Estado nas sociedades modernas é constituído pelos governantes, pelos chefes, pelos detentores do poder.”.

19 BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar. 1996. p. 83.

²⁰ Ainda que optando por nominar “eficácia” o que mais parece ser “eficiência” do Direito Ambiental, dê-se que vinculado à implementação da normativa ambiental, é de valia a transcrição de trecho do artigo onde são relatadas as agruras do cumprimento das diretivas ambientais no Brasil, dizendo que “não existem registros de análise da eficácia das normas ambientais no País. Em outras palavras, o nível de implementação das normas nunca foi averiguado utilizando-se uma metodologia de indicadores, conforme a que ora se propõe. Portanto, este deve ser um processo de construção gradativo e coletivo, que pressuponha a participação e a oitiva de diversos especialistas e de segmentos da sociedade, num prazo factível, a fim de que se obtenha um resultado relevante, conseqüente e útil aos operadores do Direito Ambiental, gestores públicos, tomadores de decisão e cidadãos.” (CAPPELLI, Sílvia. BEZERRA, Maria do Carmo de Lima. RUSCHEL, Caroline. Indicadores de aplicabilidade e comprimento da norma ambiental para ar, água e vegetação. *Revista de Direito Ambiental*, ano 11, n. 42, pp.134 a 161. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. abr-jun 2006.

ALVES, Rogério Pacheco. A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária. *Doutrina*, vol. 9, pp. 211 a 229. Rio de Janeiro, Instituto de Direito. 2000.

²¹ CARBONNIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Trad. Diogo Leite de Campos. Coimbra, Livraria Almedina. 1979, pág. 192.

2. 4. Eficiência dos atos jurídicos normativos.

Há quadra agora, nos lindes desta explicação exordial, para algumas reflexões a propósito do que se poderia chamar de o ápice da utilidade da norma jurídica, qual seja a sua eficiência, que é justamente o pleno reconhecimento do Direito pela sociedade e pelos destinatários em geral da norma (inclusive o Estado, posto em patamar de igualação ao particular, em sede de uma demanda, v.g.). O manejo da norma jurídica pelos seus elementos finais da cadeia de comunicação (o Estado ou o particular), dela extraíndo o que mais útil possa gerar, inclusive com ânimo de permanência no mercado jurídico, é o atestado da eficiência do ato normativo.

O conceito de eficiência não é exclusivo das raias do Direito. Pelo contrário, por este foi alcançado em outras áreas do conhecimento e da ação do homem, no afã de sair ele, o Direito, do mundo exclusivo das idéias e das pregações, para montar esteio no terreno da utilidade social dos seus preceitos, das suas recomendações, das suas sanções e dos seus resultados. Visão utilitarista? Resposta positiva. Desnecessária e menos nobre? Resposta negativa.

Da fonte da Administração Pública, por exemplo, o Direito absorveu o primado da equação que ali se resolve com a redução de custos e a ampliação qualitativa dos serviços prestados. Tanto que essa idéia foi positivada quando da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que ofereceu nova redação ao artigo 37 da Carta Política do Brasil, assim lançada: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”.

É verdade que essa adequação constitucional tem merecido críticas de respeitáveis setores da doutrina nacional, a exemplo de Lúcia Valle Figueiredo^{22 23}, ao argumento de que configura uma mera superposição explicativa ao princípio da legalidade, já insculpido na Constituição desde o seu nascedouro, em 1988. Diz a doutrinadora: “É de se perquirir o que muda com a inclusão do princípio da eficiência, pois, ao que se infere, com segurança, à Administração Pública sempre coube agir com eficiência em seus cometimentos.”.

Nada obstante, é válida a explicação de Odete Medauar²⁴, *verbis*: “O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome de eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência dentro da legalidade.”.

Assim, sem desmerecer as autorizadas opiniões em sentido contrário, também pode (e deve) ser na área jurídica. Um conjunto normativo mais sintético, porém com uma plêiade de resultados mais acatados e maior utilidade social, decerto renderá muitos e bons frutos no que diz respeito à proteção jurídica do meio ambiente.

²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle, Curso de Direito Administrativo, 7º ed., São Paulo, Malheiros, 2004. p. 64.

²³ “Na verdade, no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de “cliente”, em lugar de administrado, o novo “clichê” produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência. (...) Tais mudanças, na verdade, redundam em muito pouco de substancialmente novo, e em muito trabalho aos juristas, para tentar compreender figuras emprestadas, sobretudo do Direito Americano, absolutamente diferente do Direito Brasileiro.”.Ob. cit., p. 64

²⁴ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 6º ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 157.

3. AS CONDUTAS ANTI-SOCIAIS E A CRIMINALIZAÇÃO DESTAS.

3.1. Notas sobre Política Criminal.

Tida como uma das mais importantes das ciências auxiliares do Direito Penal (mesmo enfrentando críticas pontuais sobre a sua própria cientificidade...), a Política Criminal constitui destacado instrumento para as autoridades responsáveis pela prevenção e pela repressão do crime, de forma mediata ou imediata. Constitui-se em um “conjunto de princípios e regras que informam o Governo, a fim de proceder à elaboração de normas criminais destinadas à prevenção dos delitos e ao tratamento dos delinquentes”, consoante afirma Edmundo Oliveira²⁵.

Através dos elementos angariados pela Política Criminal, as autoridades constituídas dispõem de elementos estatísticos, sociológicos, históricos, psicológicos e até mesmo médico-legais para a formulação das políticas públicas que visem o enfrentamento ou o esclarecimento da criminalidade. É o caso, por exemplo, do Parecer emitido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a favor do aborto do feto anencefálico, da autoria da Conselheira Ana Sofia Schmidt de Oliveira, que auxilia a formulação de legislação específica sobre tão tormentoso tema²⁶.

Constitui a Política Criminal um seguro porto onde os membros e agentes do Judiciário, do Legislativo e do Executivo podem ancorar as suas incertezas científicas a propósito dos rumos que o Estado deve tomar na mira da solução dos problemas causados pela cifra desagradável da delinquência.

Lembrando que Feuerbach definiu Política Criminal de modo um tanto simplista, resumindo-a a um “conjunto dos procedimentos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime” e que Marc Ancel ampliou esse espectro, incluindo “ao mesmo tempo os

²⁵ OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro, Forense. 1994. p.90.

²⁶ Boletim IBCrim, ano 13, nº 160, março/2006. pp 9 a 10.

problemas de prevenção e o sistema de repressão”, Mireille Delmas-Marty²⁷ atribui, como ponto de partida do seu trabalho sobre Política Criminal, ser esta “o conjunto de procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal.”.

Assim, como já dito, os reflexos culturais, econômicos, sociais, políticos, ideológicos e históricos – em rol exemplificativo – de uma sociedade, têm eco na criminalização de condutas e reclamam um apanhado timbrado de cientificidade para indicar a correta tipificação desses agires e o qualitativo e o quantitativo das respostas merecidas e dadas pelo sistema penal, com reflexo também no sistema penitenciário. Desse espaço não se pode omitir as transgressões que atingem o meio ambiente de forma tão severa que transborda o zelo meramente administrativo ou civil, para ingressar na seara penal.

3.2. Histórico sobre a criminalização das condutas.

3.2.1. Primeiras considerações.

Os fatos de matiz cultural – aí incluídos aqueles timbrados pela força religiosa do lugar – foram os indicativos mais fortes para a criminalização de condutas em longa faixa da história da humanidade. Atualmente a estes estão aliados os acontecimentos de ordem política (é dizer, de ordem nitidamente ideológica) e os acontecimentos de cunho econômico (também gizados de ideologia).

Assim, os atentados contra a vida e a pessoa, as agressões patrimoniais, os desvios de conduta perpetrados contra a ordem familiar (adultério, *v.g.*), o falso testemunho, as cobiças listadas nos mandamentos da Lei de Deus das religiões judaica e cristã; a difamação e o banditismo do direito mulçumano; o sacrifício de animais e a falta de respeito

²⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro, Editora Revan. 1992. p. 24.

aos mais velhos, do Dharma hindu, são exemplos de como o teísmo tem influenciado na formulação do Direito Penal, em diversas quadras da história e em distintos pontos do Planeta.

Não podem passar sem registro, também, critérios de índole racial como orientadores da Política Criminal em muitos sistemas. A criminalização do aborto na Itália fascista tinha como razão de ser o prejuízo à maternidade, tida como fonte inesgotável da vida dos indivíduos e da espécie.

Outro componente étnico, com laivos de religiosidade, que interfere na formulação de Política Criminal, pode ser destacado nos países de orientação muçumana sediados na África negra, onde as mulheres são lapidadas por praticarem crimes de color teocrático, consoante acontece na Nigéria, país para o qual se voltaram as atenções do Mundo já neste século, quando Amina Lawal foi condenada à morte por apedrejamento, em razão de haver engravidado enquanto divorciada²⁸.

Consoante acima alinhado, cresce, também, a influência da economia e da política *stricto sensu* na formulação da Política Criminal dos mais díspares sistemas e até mesmo além dos limites destes, com a controvertida – mas irreversível – globalização. A propósito, Eugênio Raúl Zaffaroni²⁹ produziu interessante ensaio, sob o título “La Globalización y las Actuales Orientaciones de La Política Criminal”, onde, no capítulo sobre “El desconcierto em las ideologias de sistema penal”, escreve: “El desconcierto ideológico general és mas grave em los discursos del sistema penal, sean jurídicos, criminológicos o político criminales, teniendo em cuenta que éstos no siempre tuvieron contenido pensante, si se entende *pensamiento* em sentido originário.”

²⁸ Vide *Jornal Oficial da União Européia*, edição de quinta-feira, 11 de Abril de 2002. p. 686.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal. *Direito Criminal*, pp. 9 a 40. Belo Horizonte, Del Rey. 2000. p. 18. Em português: “O desarranjo ideológico geral é mais grave nos discursos do sistema penal, sejam jurídicos, criminológicos ou político-criminais, tendo em conta que estes nem sempre tiveram conteúdo pensante, entendendo-se *pensamento* em sentido original.”

Nesse diapasão é que foi reformulado o Código Penal da França, em 1994, sob o influxo da necessidade de combater mais eficazmente as agressões ao meio ambiente, a exemplo do que já se fizera em outros sistemas penais, como o da Venezuela, do Japão, dos Estados Unidos, da Inglaterra, da Alemanha, de Luxemburgo e da Argentina, a título de exemplo.

Também por inspiração e por necessidade de ampliar a proteção ambiental foi que no Brasil editou-se a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – a chamada Lei dos Crimes Ambientais -, ancorada no art. 225, § 3º da Constituição de 1988. Presentes, portanto, os fundamentos da Política Criminal orientando a formulação do direito positivo penal ambiental, bem como a correta e eficaz aplicação deste.

Por outro lado, não se pode desconhecer o crescimento das opiniões dos que trabalham o Direito Penal como um instrumento de controle social cujas funções mais aguçadas, são, em realidade, meramente simbólicas. Nessa linha professa Dario Melossi³⁰, ao afirmar que após o fracasso da prevenção e da sanção, as funções instrumentais realmente importantes são as educativas, é dizer, as teatrais, na configuração do antagonismo entre o bem e o mal. Assim, a função simbólica hipoteticamente proveitosa é uma dosificação da tolerância das condutas tidas por transgressoras, mais útil do que a definição destas em tipos penais. Para o referido autor, não se cuida de garantismo, nem de redução e nem de abolição do Direito Penal, já que o problema do controle social, nessa área, é incontornável e que, nada obstante a duvidosa instrumentalidade desse ramo jurídico para defender a vida em sociedade, esta é uma luta que deve ser levada adiante.

Alessandro Baratta³¹, tomando de empréstimo a Erhard Denninger a expressão “estado de prevenção” e o conceito da dinamização dos bens jurídicos que têm

³⁰ MELOSSI, Dario. Ideologia y Derecho Penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?. *Pena y Estado*, nº 1. Barcelona: Edições PPU. 1991. p. 57.

³¹ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*. nº 1. Barcelona: Edições PPU. 1991. p.37.

duplo significado, elaborou um postulado que assim pode ser resumido: a) diversamente do modelo clássico liberal, onde os objetos da tutela penal são gerados pela sociedade civil, atualmente é o Estado quem mais cria objetos desafiadores da proteção penal; b) as técnicas de imputação penal antecipam a punibilidade a etapas anteriores à lesão efetiva dos bens jurídicos (os chamados crimes de perigo ou de dano previsto). Adianta ainda Alessandro Baratta³² que se testemunha uma tendência ao deslocamento da concepção liberal do Direito Penal voltado ao cidadão, para uma concepção autoritária, orientada ao inimigo, lembrando a tese desenvolvida por Günther Jakobs³³ neste sentido³⁴.

³² Ob. e p. op.cit.

³³ JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.p. 47.

³⁴ Sobre esse foco, do Direito Penal instrumentalizado para as chamadas “ações do inimigo”, ao invés de instrumento de pacificação social, que veja o infrator como um errante, mas nem por isso mesmo, um inimigo (da sociedade ou da vítima imediata), é interessante a transcrição da conclusão do ensaio de Zamora Cordero, sob o título “La Construcción del Enemigo en el Derecho Penal del Enemigo a Nivel Latinoamericano:¿Bases para el surgimiento de una penalidad de nuevo cuño?”, que assim diz: “En América Latina, frente a un Derecho Penal de última ratio prevalece un Derecho Penal expansivo, inflacionario, en franco crecimiento, más cruento, más duro, más selectivo y discriminatorio. Y con ello, los principios político-criminales de carácter democrático sufren un serio menoscabo y deterioro, dándose su suplantación, por postulados propios de regímenes autoritarios. En suma, la Política Criminal vigente en Latinoamérica, así como sus tendencias más fuertes, están asentadas en el autoritarismo totalitario de corte reactivo que promueven a toda costa el combate y enfrentamiento represivo del fenómeno criminal, mediante las respuestas violentas de las agencias que integran el sistema institucionalizado y formal del Control Social; y no, en postulados democráticos que bajo un enfoque pro-activo velen por su disminución mediante la actuación sobre las causas estructurales que ha nivel social e individual potencian el desarrollo del fenómeno criminológico.

Finalmente, la concepción del Estado Democrático de Derecho, como síntesis de las anteriores, legitima el Derecho penal en tanto sea –estrictamente- necesario para la protección de los intereses esenciales de los ciudadanos, es decir, de los bienes jurídicos que representan posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida social, pero aquí hay intereses tanto individuales como colectivos. Ello supone una democratización del derecho penal y, en su caso, acentuación de la participación ciudadana en su configuración: democratización de la selección de los tipos penales protectores de bienes jurídicos (...) y con eventual participación ciudadana en la justicia penal a través del jurado; y de la ejecución de las sanciones penales atendiendo a las necesidades sociales y a los condenados y con participación de éstos y de las instituciones representativas del interés social (Jueces y fiscales de vigilancia) en el tratamiento. Pero también deben respetarse los derechos de las minorías y cumplirse escrupulosamente las garantías jurídico-constitucionales de los derechos y libertades fundamentales de los individuos (inculpados y penados). Y en cuanto a las sanciones, esta orientación puede compatibilizar la concepción preventivo-general y la preventivo-especial de las mismas, aún dejando abierta la interpretación sobre la prioridad que respectivamente se les conceda.

La amenaza de que el Derecho Penal pueda ser utilizado como antítesis de las tesis democráticas que componen su núcleo central, sirve para hacer un llamado para el ejercicio de un debate social comprometido sobre un tema crucial para el desarrollo y consolidación de la Democracia en las sociedades latinoamericanas de transición, en las que el Derecho Penal, surgido del Estado Social y Democrático de Derecho, debe prefijar la pauta para ver al infractor (Justicia con rostro humano) y sobre todo incidir sobre las causas que generan y promueven la comisión de infracciones en nuestras sociedades a partir de la desigualdad y la inequidad social que les sirven como caldo de cultivo; y, en cuya resolución, descansan también las respuestas que servirán como mecanismos efectivos, justos y democráticos de contención del creciente fenómeno de inseguridad ciudadana que enfrentan la mayor parte de las naciones del subcontinente latinoamericano.”(CORDERO, Mario Zamora. *La Construcción del Enemigo en el Derecho Penal del Enemigo a Nivel Latinoamericano: ¿BASES PARA EL SURGIMIENTO DE UNA PENALIDAD DE NUEVO CUÑO?*.*Revista Electrónica de Derecho Penal, Derecho*

É ainda do pensamento de Alessandro Baratta³⁵ a afirmação de que atravessamos uma crise irreversível de legitimação instrumental nos sistemas punitivos, a qual tem dado lugar ao neo-retribucionismo norteamericano (que adiante vai ser estudando no presente ensaio) e à visão simbólica ora em comento, assim como, na Europa, tem dado margem à teoria da prevenção geral positiva ou prevenção-integração, afinados com a moral dominante, conduzindo o Direito Penal a um papel distanciado de instrumento de imposição dessa moral, mas tão-somente um meio eficaz da sua representação simbólica, concluindo com a conclamação à busca de coerência entre os princípios garantistas do Estado Democrático e do uso alternativo do Direito Penal (transformado ou reduzido), desde que liberado da ilusão da instrumentalidade da pena.

O foco do Direito Penal como símbolo também não passou indene a Winfried Hassemer³⁶, que nele vê uma orientação a partir dos efeitos políticos e não visando a proteção de bens jurídicos. Considera-o essencialmente instrumental e previne contra a sua função de equívocos, apontando para a perda da credibilidade desse Direito Penal simbólico.

Por igual caminho andou Juan Terradillos Basoco³⁷, partindo da necessidade de reflexão sobre os fins latentes e ocultos do sistema penal, distinguindo as funções instrumentais, é dizer, a tutela dos bens jurídicos, das funções simbólicas, estas configuradas no reforço dos valores e carentes de limitações, pugnando pelo retorno à proteção dos bens jurídicos.

3.2.2. Escorço histórico. Uma volta à antiguidade.

Procesal Penal y Criminología. Disponível na Internet: <http://www.derechopenalonline.com/index.php?id=27,225,0,0,1,0>. [19.02.2006]

³⁵ Ob. e p. cit.

³⁶ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, tradução de F. Munõz Conde e L. Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984. p. 95.

³⁷ BASOCO, Juan Terradillos. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. *Pena y Estado* nº 1. Barcelona: Edição PPU, 1991. p. 22.

Conquanto se busque, nesta fase do ensaio, uma visão mais atual do papel do Direito Penal, influenciado por forças econômicas, religiosas, políticas, sociais e ideológicas, sob o crivo da Política Criminal, necessário se faz um recuo no tempo, para breves considerações acerca da evolução histórica dessa parte do Direito Público.

Registram-se como as primeiras manifestações de imposição de pena em resposta às transgressões que hoje seriam chamadas crimes o tabu e a vingança privada. Na linha do primeiro desses institutos, tem-se que os primitivos criaram uma série de proibições assentadas em crenças religiosas e mágicas. O castigo para quem violasse o tabu tinha caráter coletivo, pois recaía sobre o transgressor e sobre os demais integrantes da sua tribo. Esses acontecimentos decorriam, segundo Aníbal Bruno³⁸, da falta de um órgão que exercesse a autoridade coletiva, daí que a vigência das normas resultava do hábito e a sua obrigatoriedade estava assentada “no temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso, como o tabu.”.

Já pela vingança privada era conferido à vítima, ou na ausência desta, à sua família, o direito de castigar, por mão própria, o infrator e o seu grupo familiar, causando-lhes um mal maior do que o recebido. Não havia proporção entre a ofensa e o castigo. Essa inimizade entre grupos foi chamada, pelos germanos, de faida. E isto foi o germen da guerra nos moldes hoje praticada.

Outro precedente histórico que merece menção foi a perda da paz, instituto semelhante ao desterro. Por ele, o autor do delito era expulso do seu grupo e privado da proteção familiar, ficando, pois, exposto à vingança do ofendido e dos seus parentes.

³⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*, tomo 1º. 3ª. edição. Rio de Janeiro, Forense. 1978. p.68.

As primeiras limitações à vingança decorreram da lei de talião (do latim tales = tal). “Aquela antiga modalidade de sanção penal caracterizou uma moderação relativamente ao exercício da vingança como reação à ofensa e consta do Código de Hamurabi, na legislação mosaica e na Lei das XII Tábuas”, como lembra René Ariel Dotti³⁹.

Adiante se operou a composição, consistente em substituir a pena pelo pagamento de uma quantidade de dinheiro. Em princípio foi voluntária, mas logo passou a ser legal, isto é, obrigatória, não podendo a vítima recorrer à vingança. Cezar Roberto Bitencourt⁴⁰ explica: “A *composição* representava um misto de ressarcimento e pena: parte destinava-se à vítima ou seus familiares, como indenização pelo crime, e parte era devida ao tribunal ou ao rei, simbolizando o *preço da paz*. Aos infratores insolventes, isto é, àqueles que [não] podiam pagar pelos seus crimes, eram aplicadas, em substituição, penas corporais.”. Vê-se, assim, um antecedente da atual indenização civil pelos danos materiais ou morais decorrentes do delito.

3.2.3. Instauração da justiça política. O Direito Penal Romano.

Nos primórdios do laicismo romano foram adotados critérios arcaicos de penalização, tais como a vingança privada, a lei do talião e a composição. Destacou-se, em tal era, a faculdade punitiva do *pater familiae*.

Durante a Monarquia operou-se a distinção entre os delitos públicos (*crimina publica*), assim entendidos os que vulneravam a ordem e o patrimônio públicos e os delitos privados (*delicta privata*), considerados os que atentavam contra o patrimônio ou os interesses dos particulares, passíveis de castigo pelo *pater familiae*. As penas públicas

³⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. p. 125.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1*. São Paulo, Saraiva, 2000. p. 26.

consistiam em suplício (execução capital) aplicado aos culpados, enquanto os demais desafiavam um pagamento em dinheiro.

Já na República, em decorrência do incremento dos delitos públicos, apareceu o instituto da *provocatio ad populum*, que era um recurso processual através do qual o condenado à morte poderia requerer que a sentença do magistrado fosse submetida ao juízo do povo, consistindo numa ampliação das garantias do acusado. Operou-se, destarte, uma transição do sistema da *cognitio* (acusação e sentença a cargo do Estado) ao sistema da *acusatio* (acusação popular e sentença a cargo do Estado, além do recurso acima referido).

Durante o Império aumentaram as prerrogativas punitivas estatais e o magistrado assumiu todos os passos do processo penal: acusação, tomada de provas e sentença. Era a fase da *cognitia extraordinaria*. Também foram estabelecidas as balizas do campo subjetivo do delito, com a distinção entre delito doloso e culposo. Outros pontos de destaque: desenvolvimento das doutrinas da imputabilidade e da culpabilidade, bem como a admissão da analogia.

3.2.4. Direito Penal Germânico.

Os germanos viviam à margem do domínio romano e constituíram o direito diferente dos súditos de Roma.

Conforme Luiz Régis Prado⁴¹, sendo basicamente consuetudinária, essa formação jurídica teve praticamente duas fases fundamentais: “a época germânica, a partir da formação dos primeiros reinos (378) e a época franca (481), quando se erige um Estado unitário (dinastia merovíngia), com estrutura especial. De acordo com a concepção germânica

⁴¹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 2ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000. p. 39.

o Direito era entendido como uma ordem de paz – pública ou privada – e o delito significava a sua ruptura, perda ou negação”.

Admitia a vingança de sangue, que tinha caráter coletivo. Também previa a perda da paz, posteriormente admitindo a compensação. No que pertine ao elemento anímico, tinha um caráter objetivo.

Com relação ao processo penal, se destacaram os meios de prova: o juramento e o juízo de Deus, através da prova de fogo e do combate judicial. O acusado era submetido a um desses tipos de prova e se saísse triunfante é porque era inocente e havia merecido a ajuda de Deus.

3.2.5. Direito Penal Canônico.

Alcançou o auge na época dos Papas Gregório VII, Alexandre III e Inocêncio III no limiar do décimo século da era cristã. Afirmou a natureza pública do Direito Penal, sustentado pelo Direito Romano. O poder punitivo era exercido em nome de Deus.

Em razão do matiz religioso desse segmento, eram confundidos o ato ilícito, o ato imoral e o pecado. Considerava delito atos que se contrapunham às idéias da Igreja, mesmo que em nada afetassem a vida laica, a exemplo da heresia.

Não dava atenção ao princípio da reserva legal e o poder dos juízes carecia de limites. Implantou a trégua de Deus, uma espécie de asilo, outorgado pelos templos, através do qual limitou a vingança privada, já que violar a trégua era considerado um sacrilégio. Tinha caráter subjetivo, já que aplicou os princípios romanos da imputabilidade e da culpabilidade.

Não executava as penas de morte ou de mutilação porventura aplicadas, transferindo-as, em casos tais, para a responsabilidade às autoridades civis, especialmente às legislativas.

3.2.6. Direito Penal Europeu, até meados do Século Dezoito.

Advindo a queda do Império Romano do Ocidente, na Idade Média, operou-se uma paulatina fusão do Direito Romano com o Direito Canônico e com o Direito Germânico, começando uma evolução que concluiu pela recepção do “novo” Direito Romano pelas legislações de vários povos europeus, além da expansão do estudo da referida árvore jurídica, logrando esta destacado prestígio nos círculos do poder e da inteligência da época.

Foi nesse clima que surgiram, na Itália, entre os anos de 1100 e 1250, os Glosadores. Eram estes os de juristas que se encarregavam de estudar e aclarar os textos romanos, especialmente o Código Justiniano.

De 1250 a 1450 configurou-se a época dos Pós-Glosadores, que continuaram no estudo profundo e sistemático do Direito Romano, abrindo caminho para a consolidação deste nos diversos sistemas jurídicos. Nesta mesma linha atuaram, posteriormente, destacados lentes, a exemplo de Julio Claro (1525 a 1575) e Prospero Farinaccio (1544 a 1616).

3.2.7. A queda do Absolutismo e a ascensão do Iluminismo.

Adiantando-se a faixa da História, tem-se um período deplorável para a humanidade, que foi o Absolutismo irradiado a partir de França, submetida a uma monarquia caracterizada pelo despotismo e pela arbitrariedade. Nesse tempo, as penas previstas e

aplicadas eram as mais cruéis possíveis, tais como torturas, mutilações e morte, sempre agravadas por suplícios, infligidos, inclusive, na fase investigatória, para arrancar confissões.

O Absolutismo também contemplava ações hoje tidas como inaceitáveis, como a falta de proporção entre o delito e a pena; a permissão da analogia em matéria penal; a ausência de defesa, em juízo, para o acusado; e a inexistência de regras de higiene nos presídios. Essa situação de arbitrariedade desencadeou uma reação e surgiram novas idéias baseadas no Direito Natural e na razão, dando margem ao surgimento do movimento filosófico que ficou conhecido como Iluminismo, onde sobressaíram Montesquieu, Rousseau e outros. Esse movimento influenciou diretamente Césaire de Bonesana, o Marquês de Beccaria, que em seu livro “Dos delitos e das penas” propunha uma profunda revisão das idéias penais vigentes, tendo por base a legalidade (legitimidade e clareza das leis), a razoabilidade e o equilíbrio das penas, além de desferir severas críticas contra a pena de morte.

A propósito do Iluminismo, pontua Ricardo de Brito A. P. Freitas⁴²:

Na base do iluminismo encontra-se a noção de que é a razão que deve guiar a sociedade e não os costumes fundados em tradições, muitas vezes de cunho religioso. Haveria uma lei natural ou racional a regular a vida humana, tornando despicienda toda ‘verdade’ revelada, toda ‘verdade’ de cunho sobrenatural. E mais, essa lei racional, no seu aspecto essencial, estaria gravada na mente de todos os homens pelo simples fato da sua condição humana (cf. SABINE, 1964:539). O iluminismo, portanto, forneceu os argumentos que nortearam a ação da burguesia contra os privilégios dos chamados primeiro e segundo estados da França absolutista. Tais privilégios, segundo as teorias iluministas, conflitavam com uma concepção racional da organização da sociedade.

Outro pensador que teve importante participação nesse movimento de renovação das idéias penais foi John Howard, através do seu “O estado das prisões na Inglaterra e no País de Gales”, expondo feridas do sistema que ele próprio conhecia, posto que havia sido encarcerado em uma dessas unidades prisionais sob o jugo de corsários franceses. Propunha ele uma radical reforma no sistema penitenciário, com a adoção de cárceres higiênicos, separação de condenados de presos provisórios, além de agrupamento segundo a

⁴² FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e Sensibilidade*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p 63.

periculosidade de cada um, bem como o incentivo ao trabalho como forma de recuperação moral e social do delinqüente.

Assim, nesse clima cultural e filosófico, surgiram os códigos da França (o de 1791, o de 1795 e o mais importante deles, chamado Código Napoleônico, de 1810), o Código da Baviera (com forte influência do Código de Napoleão) e na Itália o nominado Código de Sardo, de 1859.

3.2.8. As Escolas do Direito Penal.

3.2.8.1. A Escola Clássica.

Com inspiração no ideário demarcado por Beccaria, surgiu na Europa, nos últimos anos do Século Dezoito e até a metade do Século Dezenove, um movimento ocupado de aprofundar estudos teóricos sobre a justiça penal, tendo por nascedouro a Itália, com posterior ramificação pela Alemanha, pela França e por outros países, na constituição de uma “grande corrente científica, que em toda parte se chamou e se chama ‘a Escola Clássica Criminal’, desde que assim eu a denominei, e com sentimento de admiração, na introdução sobre ‘os novos horizontes do direito e do processo penal’, pronunciada na Universidade de Bolonha, em 1880, na cátedra do meu professor Pedro Ellero, que – passando à Corte de Cassação em Roma – me designara como seu sucessor”, conforme diz, com imodéstia, Enrico Ferri⁴³, de forma depreciativa, querendo etiquetar o movimento de velho, caduco, “clássico” e sem novidades.

O maior vulto da Escola Clássica foi Francesco Carrara, sem desmerecer outros próceres, como Carmignani, Ortolan, Guizot, Romagnosi, Gaetano Filangieri,

⁴³ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução CAPITANIO, Paulo. Campinas-SP, Bookseller Editora, 1996. p. 55.

Giovanni Carmignani, Mario Pagano, Pellegrino Rossi, como lembra Luiz Regis Prado⁴⁴. Aliás, é de Carrara⁴⁵ a afirmação de que a Escola Clássica ocupou-se dos problemas penais a partir do delito, da pena e do processo, sem alteração dessa ordem.

Entre estes autores não existia unidade total de critérios, mas alguns elementos em comum eram destacados. Esses pontos de contato radicavam, em primeiro lugar, na adesão à doutrina do Direito Natural e no emprego do método dedutivo (e método especulativo); em segundo lugar, a Escola Clássica fixava o limite adequado ao direito de castigar, por parte do Estado; por isso era contrária à crueldade desnecessária das penas, conforme lição de Carlos Fontán Balestra⁴⁶.

No momento histórico do Direito Penal agora reportado, houve uma maciça adesão ao que posteriormente se chamou Escola Clássica em decorrência da crença, por parte de destacados juristas, em princípios universais, constantes e preexistentes, bem superiores ao direito positivo. Assim, menor valia tinham os dados da realidade social e mais importava o sistema de normas que se construía com base em tais princípios.

Importante é destacar, neste ponto, a classificação que fez Santo Thomas de Aquino acerca das leis, dividindo-as em eternas, naturais, divinas e humanas (ou positivas). Conforme essa apreciação filosófica, pela lei eterna é a razão divina quem governa e ordena o Universo, não se cabendo discuti-la. Já a lei natural é a participação da lei eterna na criatura racional, cognoscível através da razão, sendo universal por abarcar todos os homens e indelével por ser inalterável, indestrutível e permanente. Assim, a lei divina está gizada nas sagradas escrituras e a lei humana (ou positiva) emana do supremo poder do Estado.

Quanto à limitação do poder do Estado, como a Escola Clássica sempre esteve preocupada em humanizar o sistema penal, assim como assegurar as garantias

⁴⁴ Op. cit., p. 50.

⁴⁵ CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*, vol. 1. Buenos Aires, Argentina, EJE, 1944. p. 24.

⁴⁶ BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho Penal. Introducción y parte general*, 16a. edição. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998. p. 54.

individuais, óbvia foi também a sua luta por impor limites ao aparelho estatal punitivo. Tudo isto tem âncora nos ideais da Revolução Francesa de 1789 (igualdade, fraternidade e liberdade), pregoeira de um Estado liberal e não intervencionista, em contraposição aos excessos da época absolutista.

A partir dessas linhas gerais, tem-se que a Escola Clássica formulou a sua própria concepção de delito, delinqüente, responsabilidade penal e sanção.

Por delito, entendeu-se ser a infração das leis do Estado, estas promulgadas para proteger a integridade dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, de caráter negativo ou positivo, moralmente imputável e politicamente danoso. Nesse diapasão, o delito é tido como um ente jurídico (e não um feito ou acontecimento qualquer), isto implicando que só é delito aquilo que o legislador define como tal. Assim, ao penalista caberia apenas a análise desse perfil legal do delito, cabendo a análise dos outros elementos, tais como as causas deste e os modos de preveni-lo a outras disciplinas e não ao Direito Penal.

Decorrência dessa posição assumida pelos adeptos da Escola Clássica foi o alheamento ao estudo mais detido da figura do delinqüente, já que este foi entendido como sendo um indivíduo normal, dotado de livre arbítrio. Em sendo assim, partia do princípio de que todos os homens eram livres e iguais e não considerou o delinqüente um sujeito patológico ou distinto do resto dos indivíduos.

Ainda de acordo com os líderes da Escola Clássica, a responsabilidade penal tinha como fundamento o livre arbítrio, quer dizer, a possibilidade de autodeterminação diante do bem ou do mal; tendo o homem essas duas opções e escolhendo a prática do mal, deveria ser castigado. A responsabilidade penal se impõe quando existem três ocorrências: a) a imputação física (causa material do fato punível); b) a imputação moral (prática do ato com livre e deliberada vontade); c) a imputação legal (proibição do fato estabelecida em lei).

Quanto à pena, no entender dos pensadores da Escola Clássica, é esta o restabelecimento da ordem jurídica fraturada pela desordem social que produziu o delito. É, em suma, um mal que o Estado impõe ao infrator, em igualdade de proporções ao mal causado e que não pode transcender das necessidades tutelares para não tornar-se abusiva. Deveria reunir os requisitos de certeza, segurança e justiça.

Com qualquer corrente de pensamento ou de doutrina, a Escola Clássica foi alvo de muitas críticas, algumas positivas e outras negativas. Das elogiosas, de teor científico, destaca-se a que enaltecia ter ela sentado as bases de um Direito Penal liberal, através da dogmática, construindo uma teoria para o delito e para a pena de grande precisão lógica, que serviu de base para a modernização da legislação penal em muitos sistemas. Também perfilava-se entre os elogios aqueles matizados de política criminal, exaltando a fixação dos limites ao direito do Estado exercer o seu poder punitivo, diante das manifestações contrárias às penas abusivas, torturas e outras iniquidades, promovendo, assim, uma humanização do sistema penal.

Das críticas depreciativas, destaca-se a dirigida ao emprego do método dedutivo a partir de apriorismos decorrentes do direito natural, considerando o delito como uma noção abstrata, separada de toda a base sociológica. Deduzia a Escola Clássica uma série de apriorismos, fundamentalmente originários do livre arbítrio, e um conjunto de consequências desprovidas de cotejamento com a realidade social a fim de comprovar sua justiça e efetiva existência.

Outra crítica negativa desferida contra a Escola Clássica deu-se em razão do seu quase exclusivo interesse pelo abstrato – conceitos e relações lógicas – descuidando dos fatores individuais e sociais da criminalidade.

3.2.8.2. A Escola Positiva.

A Escola Positiva do Direito Penal constituiu uma autêntica reação à Escola Clássica, principalmente aos excessos formalistas desta, que abusava da dogmática em desprestígio da análise do homem delinqüente.

Os principais representantes desse grupo de pensamento foram César Lombroso (1836-1909), Rafael Garófalo (1851-1934) e Enrico Ferri (1869-1945), aos quais se somaram Eugenio Florian (1869-1945) e Francesco Grispini (1884-1955), todos da Itália, conforme arrola Luiz Régis Prado.⁴⁷ Também no Brasil, ainda segundo Régis Prado⁴⁸, formaram com a Escola Positiva figuras como Pedro Lessa (1859-1921), Silvio Romero (1851-1914), Artur Orlando(1858-1916), Tobias Barreto(1839-1889) e Cândido Mota (1870-1942).

Ao contrário do que preconizava a Escola Clássica, que enaltecia a razão como o mais importante elemento de caracterização do delito, a Escola Positiva destacava a experiência como único modo de conhecimento desse mesmo fenômeno. Daí não haver aceitado o direito natural e seus apriorismos, a não ser o proveniente do saber empírico. Decorrência dessa posição foi o direcionamento dos estudos para a pessoa do delinqüente, ao invés de centrar forças na análise do próprio delito.

Acerca do método indutivo, escolhido em contraposição ao método dedutivo adotado pela Escola Clássica, os positivistas achavam que não era possível a partida da existência de apriorismos para a construção de uma teoria, mas dos resultados do método de indução. Afirmavam que não existia um decreto divino determinando o que é verdadeiro e o que é falso. Assim, o que existe na realidade social e o que deve ser objeto da análise compreende, de certa forma, a previsão do delito.

⁴⁷ Ob. op. cit., pp. 50 e 52.

⁴⁸ Ob. op. cit., p. 52.

3.2.8.3. As Escolas Ecléticas.

Apartando-se do extremismo das escolas tradicionais (a Clássica e a Positiva), bem como da definição filosófica das mesmas, não tardaram a aparecer as chamadas Escolas Ecléticas, apanhado parte dos ensinamentos deixadas por uma e por outra das preexistentes.

Explica Aníbal Bruno⁴⁹ que nessas escolas intermediárias reuniram-se penalistas voltados às novas idéias, “mas que fugiam a romper por completo com certas exigências tradicionais, com a da responsabilidade moral, com as suas conseqüências de culpabilidade e expiação, que o movimento do positivismo atacava com demasiada rudeza.”.

Nesse novel grupo, merece destaque a Terceira Escola, fincada na Itália em 1891 por Manuel Carnevale, com matiz de positivismo crítico. Suas principais características, segundo René Ariel Dotti⁵⁰: a) a responsabilidade penal tendo por base a imputabilidade moral, com a substituição do livre arbítrio pelo determinismo psicológico; b) o delito contemplado no seu aspecto real, como fenômeno natural e social; c) a pena vista como uma forma de defender e preservar a sociedade.

Outros seguidores desse ideário foram Bernardino Alimena, João Impalomeni, e Adolfo Merkel.

Na Alemanha surgiu também outro movimento em reação aos extremismos dos clássicos e dos positivistas. Chamou-se Escola Moderna Alemã e exercia o que se pode nominar de positivismo crítico, a partir dos estudos de Franz von Liszt, Adolphe Prins, Berard van Hamel e Karl Stoos.

⁴⁹ Ob. op. cit., pp. 123-124.

⁵⁰ Ob. op. cit. p. 53.

Preconizava a Escola Moderna Alemã uma pesquisa em torno das causas da criminalidade, recusando a tese lombrosiana do criminoso nato e afirmando ser função da pena o combate ao crime como um fenômeno social.

Ainda sobre o perfil dessa escola pode ser destacado: a independência da pena e da medida de segurança, ambas formando um duplo binário, com missões estanques (a primeira fundada na culpa e a segunda na periculosidade do agente) e a negação do livre arbítrio, sendo a imputabilidade fundada na normalidade da determinação da pessoa.

Já a Escola do Tecnicismo Jurídico, de vertente italiana, teve como ponto de deflagração a aula magna proferida por Arturo Rocco, na Universidade de Sassari, em 1905. Pregava que o foco do Direito Penal deveria ser a elaboração dogmática, a exegese e a crítica ao direito positivo, bem como o estudo dos delitos e das penas como fatos e fenômenos regulados por lei.

Dentre os mais destacados estudiosos da Escola do Tecnicismo Jurídico estavam Arturo Rocco, Vincenzo Manzini, Eduardo Massari e Biagio Delitala. Numa segunda fase, com a incorporação do ideário do jusnaturalismo, professaram Giuseppe Maggiori, Giuseppe Bettiol, Biaggio Petrocelli e Giulio Battaglini, defendendo a idéia do livre arbítrio, ou seja, o pressuposto da liberdade de querer como fundamento do direito de punir.

Mais adiante na linha do tempo, em meados do Século Vinte surgiu o movimento de defesa social, dando azo para a chamada Escola da Nova Defesa Social, tendo Adolphe Prinz como seu primeiro sistematizador, a partir da publicação de “A defesa social e as transformações do Direito Penal” em 1945. Nessa rota e no mesmo ano, Filippo Gramática fundou, na Itália, o Centro Internacional de Estudos de Defesa Social, tendo por finalidade renovar os meios de combate à criminalidade.

De igual importância para a consolidação da Escola em comento foi a publicação da obra “A nova defesa social”, por Marc Ancel, também em 1945, consistindo em

um verdadeiro documento ideológico, ainda que exposto às naturais críticas. Pregava a desjudiciarização, quanto possível, da solução dos conflitos gerados pelo crime, admitindo uma nova atitude em relação ao delinqüente e uma política criminal humanista, protegendo a sociedade contra o crime a partir de uma boa equação da adaptação e da ressocialização dos infratores, ao invés da sua mera neutralização.

Podem ser destacadas as seguintes linhas básicas da Escola da Nova Defesa Social: a) um exame crítico, advindo uma contestação ao sistema penal existente, se necessária; b) aproximação das ciências humanas na abordagem da problemática criminal; c) reação social no sentido de proteger o homem, assegurando a este as suas basilares garantias.

3.3. Movimentos penais contemporâneos.

3.3.1. Generalidades.

Não é fora de razão que se atribua à ineficiência da pena de prisão e à maciça deficiência do aparelho penitenciário o surgimento de correntes do pensamento penal voltadas a novas soluções, cada vez mais distanciadas do encarceramento do infrator criminal.

O que aqui se afirma tem suporte em outra assertiva ainda mais preocupante: o Direito Penal atravessa uma crise (de credibilidade e de afirmação), que é a própria crise da pena (já que esta foi historicamente deturpada para ter a feição, quase exclusiva, de prisão). Essa crise tem provocado muitas reações, através de tendências e respostas doutrinárias das mais variadas (do Neo-Retribucionismo ao Abolicionismo, passando pelo Minimalismo).

Além do mais, o atual modelo de processo penal é chamado de paleorepressivo, “porque historicamente sempre depositou toda a confiança na força

intimidativa da lei em abstrato”, crendo que a severidade da pena (em abstrato) é suficiente para a contenção (prevenção) do delito, consoante diz Luiz Flávio Gomes⁵¹.

Serão tecidas, nesta altura do trabalho, algumas considerações acerca desses mais destacados movimentos das idéias penais da atualidade.

3.3.2. O neo-retribucionismo.

É forma secularmente conhecida a de que o caráter retribucionista da pena assenta-se na idéia de compensação da culpabilidade do agente, ou, como se queira, na expiação da culpabilidade desse agente, mediante a imposição, a este, de um mal equivalente ao mal social por ele praticado. Essa natureza expiatória da pena, vista isoladamente, nenhuma carga de ressocialização ou de preocupação com o bem-comum conduz, configurando, é verdade, uma espécie de castigo gratuito, sem nenhuma finalidade maior definida. Se mantida insularmente nos sistemas penais atuais, não passa de um talião hodierno e grosseiramente maquiado.

Entretanto, a conjunção desse elemento da pena – a retribuição – com os demais atributos, quais sejam o da prevenção geral e o da prevenção especial, configuram um dos mais importantes bastiões do Direito Penal da culpabilidade, tão elogiado na modernidade. Mas para que essa versão do Direito Penal (oposta ao Direito Penal do terror medieval ou daquele fincado na responsabilidade objetiva do infrator) continue a gozar de respeitabilidade, mister se faz o uso ponderado desses elementos constitutivos da sanção (a retribuição e a prevenção). A falta de medidas no manejo de qualquer deles poderá implicar em um desequilíbrio do sistema.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. S. Paulo: RT, 1995, p. 55.

Assim, é sempre visto com reservas e com alvíssaras de perigo o exarcebamento da força retributiva da pena, como vem ocorrendo no Movimento da Lei e da Ordem, emblema maior do Neo-Retribucionismo. De acordo com essa corrente, deve haver um número grande de tipos penais, de sorte a abarcar o maior número possível de desvios de conduta, agindo assim dentro da legalidade formal. E mais: nenhuma prática delituosa, por menor que seja o seu potencial de lesividade, deve ser deixada impune⁵².

Ricardo Maffei Martins⁵³, apreciando o trabalho de Andrea Lemmi, Professor da Universidade de Firenze, acerca da implementação do Programa Tolerância Zero, levado a cabo em Nova Iorque pelo então Prefeito Rudolph Giuliani, no final do Século Vinte, assim se expressa:

A tolerância zero preconiza o combate a todos os tipos de delitos, desde os mais simples, como pichações ou pequenos danos e, assim, através da inflexibilidade total com a criminalidade, aliada à presença ostensiva da polícia nas ruas, passar à população uma imagem de autoridade e evitar a prática de crimes mais graves.

Baseada na teoria norte-americana do início dos anos 80 chamada de 'janelas quebradas', a tolerância zero parte do seguinte princípio: quando um prédio permanece muito tempo com uma janela quebrada e esta não é reparada, as pessoas acabam acostumando-se com aquela situação e o dano não consertado concede uma autorização – ainda que inconsciente – para que sejam cometidos novos atos de vandalismo contra o prédio. Assim, explica-se o aumento da criminalidade na medida em que as pequenas violações não são combatidas, gerando o que os divulgadores desta teoria denominam como "perigosa habitualidade para os pequenos crimes".

A experiência novaiorquina foi estruturada no deslocamento dos policiais que atuavam internamente (serviço de escritório) para a rua, gerando uma presença efetiva do policiamento na cidade e na mudança no modo de pensar dos agentes de segurança, com premiação em dinheiro e promoções aos policiais que obtivessem os melhores resultados em seus locais de trabalho, segundo a mentalidade das empresas privadas do "quanto mais você produz, mais você ganha.

⁵² Segundo João Marcelo de Araújo Júnior, são estas as principais características do Movimento da Lei e da Ordem: "1.a pena se justifica como castigo e retribuição, no velho sentido, não devendo a expressão ser confundida com o que, hoje, denominamos retribuição jurídica; 2. os chamados crimes atrozos devem ser punidos com penas severas e duradouras (morte e privação de liberdade longa); 3. as penas privativas de liberdade impostas por crimes violentos devem ser cumpridas em estabelecimentos penais de segurança máxima, devendo ser o condenado submetido a um excepcional regime de severidade, diverso daquele destinado aos demais condenados; 4. a prisão provisória deve ter o seu espectro ampliado, de maneira a representar uma resposta imediata ao crime; 5. deve haver uma diminuição dos poderes de individualização do juiz e um menor controle judicial da execução, que, na hipótese, deverá ficar a cargo, quase que exclusivamente, das autoridades penitenciárias."(ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – Aspectos. *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, p. 72. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

⁵³ MARTINS, Ricardo Maffei. *A falência do programa de "tolerância zero"*. Disponível na Internet: <http://www.cartamaior.com.br/CMSemanal/050401-3-Maffei.htm>, [09.04.2001].

E prossegue Ricardo Maffei Martins⁵⁴, explicando o resultado do Programa

Tolerância Zero:

A curto prazo, os resultados são impressionantes. De acordo com os dados coletados pelo professor italiano, um ano após a implementação da nova política de segurança, Nova York experimentou uma redução de 19% no número de homicídios e de mais de 15% no número de furtos e roubos. Os homicídios, que totalizaram 1.900 em 1993, caíram para 629 em 1998.

Mas os resultados deixam claramente de ser positivos quando se faz a análise de alguns outros dados, principalmente os que levam em conta os custos desta política para a sociedade. A violência policial aumentou muito, os casos de abuso de poder passaram a se tornar freqüentes, principalmente em relação às minorias afro-americanas e hispânicas, e o número de civis mortos pela polícia cresceu ano a ano devido à extrema brutalidade com que passaram a agir os agentes policiais.

Segundo Andrea Lemmi, esses resultados decorrem da mentalidade de guerra contra o crime adotada pela polícia. Há uma ‘desumanização do inimigo e são cometidas atrocidades típicas de guerras externas’, passando a busca da segurança da população a servir de justificativa para qualquer tipo de ação dos policiais, inclusive as mais violentas.

A longo período, o resultado foi uma diminuição da cooperação dos cidadãos com a polícia, que, desacreditada, viu os números dos delitos crescer novamente. Os homicídios cresceram de 98 para 99 e o número de crimes subiu 12% nos três primeiros meses de 2000 com relação ao mesmo período do ano anterior. A conclusão do jurista italiano para a falência da tolerância zero foi o fato desta não ter apontado soluções capazes de minimizar a tensão social. ‘Ao contrário, aumentou a distância entre polícia e sociedade’, completa.

Obviamente, como toda medida de Política Criminal posta em prática com boas intenções e desde que não seja de todo desarrazoada e absurdamente destoante dos princípios humanitários respeitados, à época, pela sociedade envolvida no problema, o Neo-Retribucionismo, através do seu mais avançado posto, o Programa Tolerância Zero, angariou e ainda conserva adeptos, inclusive no meio acadêmico. É o caso de Paulo Sérgio Pinheiro⁵⁵, Diretor do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo – USP, que assim comenta a situação de violência em Cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, dizendo que esse fenômeno não se explica apenas por deficiência policial: “Em vez de gritar pedindo armas, acho que as pessoas deveriam pedir tolerância zero em relação ao crime e ao crime organizado. Tornar intolerável, por exemplo, o roubo de carros. Também não vejo porque se

⁵⁴ Ob. op. cit.

⁵⁵ Entrevista ao site *DHNet – Direitos e Desejos Humanos no Ciberespaço*, publicada sob o título “Em vez de armas, adotar a tolerância zero”. Disponível na Internet: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/pspinheiro/pspinheiro_toleranciazero.html. [13.01.2006]

deva tolerar jogo do bicho, tráfico, bicheiro por trás de time de futebol, em coluna social – é crime organizado.”.

Feitas estas observações, é possível ser dito que o Neo-Retribucionismo inspira a atual política criminal norte-americana, calcada no movimento *law and order*, espargindo esse questionável ideário para inúmeros países, inclusive para o Brasil. Deposita, esse modelo, esperanças no funcionamento do sistema legal, na eficiência da operacionalidade deste e na aplicação persistente e implacável do Direito (Programa Tolerância Zero). Nessa linha de pensamento, a criminalidade aumenta quando o sistema fracassa.

Nada obstante o aparente sucesso dessa vertente do pensamento penal (e, mais que isto, de Política Criminal), algumas críticas não podem ser olvidadas, tais como: a) a efetiva aplicação do Direito Penal é importante como prevenção geral, mas por si sozinho é muito pouco, já que não toca nas causas determinantes do delito (miséria, desajustes familiares, desemprego etc); b) apesar do grande investimento na área de segurança pública (equipamentos, novas prisões etc.) a criminalidade não tem diminuído no nível esperado, pelo menos em grandes aglomerados urbanos, como Nova Iorque, Cidade do México, São Paulo, Recife e Rio de Janeiro; c) está equivocada a Política Criminal que trata um fenômeno social e comunitário como o delito como se fosse apenas um caso de segurança pública; d) representa a “necessidade atávica” do homem antropologicamente primitivo, que é a de punir, castigar, aplicar pena, sem muita preocupação com o antes e com o depois, sendo bastante estancar a criminalidade naquele momento.

3.3.3. O Abolicionismo.

A corrente que foi nominada de Abolicionista teve gênese na transição da década de sessenta para a de setenta, do Século Vinte, nos Estados Unidos, animada por uma

oposição à criminologia tradicional, de influxo positivista. Tendo por esteio as teorias sociológicas, trocou o paradigma etiológico do delito (tão ao gosto dos criminólogos positivistas) pelo paradigma do controle.

A principal base do Abolicionismo é a crítica feroz que faz à falta de legitimidade do Estado para punir os seus súditos ditos desviados de normas de conduta por ele mesmo criadas, quando não resgata (ele, o Estado) o ônus decorrente do contrato social, que é oferecer condições mínimas de cidadania (moradia, emprego, educação e saúde, por exemplo). É este o olhar de Maria Lúcia Karam⁵⁶, quiçá a mais destacada abolicionista do Brasil atual, sobre o Direito Penal:

A falsa idéia, que reduz violência a criminalidade convencional, começa por ocultar o caráter violento dos outros fatos mais danosos. Partindo-se de um conceito extraído do real, é possível definir a violência como tudo antenado à sobrevivência biológica, espiritual e cultural da espécie humana, sendo, certamente, os mais graves destes atentados aqueles que afetam a conservação da vida e da integridade corporal. (...) Viver e conservar integridade corporal, no Brasil, significa, antes de tudo, escapar da mortalidade infantil (o menor índice que conseguimos registrar, é o de 40 óbitos por 1.000 nascidos vivos, na região sul – dobro dos índices registrados nos países centrais ou em Cuba), da subnutrição (30% das crianças até 5 anos, em nosso país, sofrem de desnutrição), do sem número de doenças já controladas em outros países (aqui morre-se até de sarampo), das precárias condições de habitação e saneamento (menos da metade dos municípios brasileiros possui rede coletora de esgotos), enfim, escapar da pobreza e da miséria crônicas. (...) Ocultando o caráter violento destes e de outros fatos qualitativa e quantitativamente mais danosos, a publicidade do sistema penal, trabalhando com esta falsa idéia que reduz a violência à criminalidade convencional, explora o medo, criando um clima de pânico, de alarme social, a que se costuma seguir um crescimento da demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas, clima este que desencadeia e é alimentado pelas chamadas campanhas de lei e ordem.

Outro ponto que reforça o discurso abolicionista diz respeito ao alentado número de condutas marcadas como criminosas que são praticadas e restam sem a menor atenção do sistema penal, isto é, do sistema repressor estatal que se ampara no Direito Penal. Louk Hulsman e Jaqueline Bernat de Celis⁵⁷ destacam o assunto, sob o título de “Cifra Negra”:

Na realidade, muitas das situações que se enquadram nas definições da lei penal não entram na máquina. Há várias décadas, a atenção dos criminólogos se viu atraída para o fenômeno que, num enfoque ainda não especificamente crítico do sistema, foi

⁵⁶ KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2ª. edição. Niterói: Luam Editora, 1993. pp.197 e 198..

⁵⁷ HULSMAN, Louk. CELIS, Jaqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. 2ª. edição. Tradução de Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam Editora, 1997. pp. 64 a 66.

chamado de “cifra negra da delinqüência”. Pareceu-lhes anormal que acontecimentos criminalizáveis não fossem efetivamente perseguidos. Com esta preocupação, numerosas pesquisas tentaram descobrir o volume dos fatos legalmente puníveis que o sistema ignora ou menospreza. Este volume é considerável. (...) É difícil fornecer números precisos neste campo. Os que aparecem geralmente não são confiáveis e variam de um país a outro. Apenas como ilustração, cito uma pesquisa realizada numa empresa de Friburg na Alemanha. Tal pesquisa mostrou que de 800 fatos acontecidos dentro daquela empresa e que poderiam ter sido criminalizados, somente um o foi.(...) Tal descoberta constitui um ponto de partida extraordinariamente importante, dentro de uma reflexão global sobre o sistema penal. Como achar normal um sistema que só intervém na vida social de maneira tão marginal, estatisticamente tão desprezível? Todos os princípios ou valores sobre os quais tal sistema se apóia (a igualdade dos cidadãos, a segurança, o direito à justiça, etc...) são radicalmente deturpados, na medida em que só se aplicam àquele número ínfimo de situações que são os casos registrados. O enfoque tradicional se mostra, de alguma forma, às avessas. A cifra negra deixa de ser uma anomalia para se constituir na prova tangível do absurdo de um sistema por natureza estranho à vida das pessoas. Os dados das ciências sociais conduzem a uma contestação fundamental do sistema existente. E longe de parecer utópica, a perspectiva abolicionista se revela uma necessidade lógica, uma atitude realista, uma exigência de equidade.

Nada obstante, conquanto se defina a transição dos anos sessentas para os setentas do século passado, nos Estados Unidos, como a marca mais importante dessa visão criminológica do absentismo penal do Estado, certo é que são remotas as raízes dessa criminologia crítica, pois historicamente – ainda que modo mais discreto – perdura uma questão fundamental para a ordem social dos povos. Essa questão diz respeito à utilização da violência organizada de uma sociedade, por parte do Estado, que possui o monopólio da força, sobre um membro que se desviou das pautas de condutas que essa sociedade traçou como necessárias para harmonia e para a paz, ainda que esses resultados sejam puramente formais.

Assim, essa rebeldia contra o Estado-punidor pode ser esquematizada, segundo os abolicionistas, nos seguintes pontos: a) o Direito Penal não defende a todos e quando castiga o faz desigualmente e de modo parcial; b) uma lei penal não é igual para todos; c) o Direito Penal é elitista⁵⁸, destinado a assegurar poderes de privilégio e se aplica de

⁵⁸ Exemplo dessa desigualdade que sempre é invocado, especialmente nos sistemas que consagram tal tipo penal, é a dicção do art. 59 do Decreto-lei 3.688, de 30 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais do Brasil), verbis: “ Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.”. Este dispositivo mereceu aguda e jocosa crítica de Mário Moacyr Porto, em seguidas conferências, ao argumento de que, conforme o Direito Penal

modo seletivo e desigual, mirando apenas a sua própria respeitabilidade e levando as pessoas à sua submissão.

A crítica dos abolicionistas se dirige ao mito do Direito Penal como um direito igual por excelência, quando, em verdade, tende a privilegiar interesses da classe dominante e a imunizar a criminalização dos comportamentos danosos de indivíduos a esta pertencentes, orientando a penalização de delitos a comportamentos mais ocorrentes nas classes inferiores. Isto só é possível com a escolha da figura legal delitiva e a intensidade da sua reprovação, que freqüentemente está em relação inversa para com a danosidade social dos comportamentos. Estes mecanismos de criminalização acentuam mais o caráter seletivo do Direito Penal, que por sua vez cumpre uma função ativa de produção de relações de desigualdade, tais como a aplicação de penas estigmatizantes, especialmente as de prisão, que atuam de modo obstaculizante de uma posterior ascensão social. Em suma, sob esse prisma, o problema fundamental do Direito Penal consiste no fato deste justificar, sob uma manta de cientificidade, a violência organizada da sociedade sobre um dos seus próprios membros, tachado de delinqüente.

Analisando o presente movimento de deslegitimação do Direito Penal, Paulo de Souza Queiroz⁵⁹ sintetiza as bases críticas dos abolicionistas:

O sistema penal é incapaz de prevenir, por meio da cominação e execução das penas, quer em caráter geral, quer em caráter especial, a prática de novos delitos – Argumenta-se que o Direito Penal, como instância formal de regulação de conflitos, contrariamente à sua programação discursiva, não é capaz de motivar comportamentos no sentido do comando da norma penal, ou seja, no sentido de agir positivamente no processo motivacional de formação da vontade de delinqüir. Saliente-se que, a despeito da incriminação, o aborto, o homicídio, o uso e tráfico ilícito de entorpecentes etc. se repetem sistematicamente como se tal proibição simplesmente não existisse.

Na seqüência, ainda conforme relata Paulo de Souza Queiroz⁶⁰, a feição de prevenção geral do Direito Penal é desacreditada a todo momento, bem como a sua função

Brasileiro, se dois homens estavam entregues ao ócio em um mesmo banco de parque, sendo o primeiro rico e o segundo miserável, para o sistema penal aquele era investidor e este um contraventor.

⁵⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal – Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*, 2ª. edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 41.

garantista, pois, segundo Heinz Steinert “a lei penal conflita com sua função liberal e resulta irreal, uma vez que, ao invés de restringir a intervenção do Estado, se converte, em realidade, em uma autorização para que essa intervenção se legitime.”.

Com esse foco, poder-se-ia dizer que o Direito Penal comprometeu-se com um determinado modelo de ascensão social e que este, em pouco tempo, entrou em crise. Daí o apelo extremo ao abolicionismo, até mesmo como uma resposta ao capitalismo desmesurado. Atualmente, com a queda da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e com o abrandamento das políticas anti-capitalistas na Europa e na América Latina, a criminologia crítica ficou órfã de propostas mais efetivas.

Mesmo assim, a doutrina abolicionista ainda persiste sem encontrar justificção alguma para o Direito Penal e propõem a sua radical eliminação, porque consideram as vantagens dessa rama do Direito Público inferiores aos malefícios que ela causa à sociedade. Acreditam os seus arautos ser benfazeja a abolição da forma jurídica penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos e instrumentos de controle informal ou imediatamente social. Propõem a substituição da forma penal da reação punitiva por tratamento terapêuticos informais, porém sempre institucionalizados, coercitivos e não meramente morais.

Mas não se pode desconhecer que o Abolicionismo tem correntes mais radicais e outras mais moderadas (se é que assim pode ser dito...). De acordo com as doutrinas radicais, não se justificam as penas e nem tampouco as proibições e nem os juízos penais. Deslegitimam qualquer tipo de coerção, seja penal ou social, desvalorizando qualquer instrumento de ordem, não apenas os de teor jurídico, mas também os de índole moral. Chegam a atribuir valor à transgressão e à rebelião, concebidas como autênticas manifestações amorais do ego, não sendo justo ser reprimidas, castigadas ou julgadas.

⁶⁰ Ob.e p. op. cit.

Na vertente do Abolicionismo mais próxima do Anarquismo (é dizer, da negação absoluta do poder formal e, por conseqüência, do Estado), estão perfilados os que se limitam a reivindicar a supressão da pena como medida jurídica e coercitiva e integrante do Direito Penal, mas admitem a existência de outras formas de controle social. Caracterizam a pena como inútil ou como instrumento de defesa dos interesses das classes mais poderosas e propõem que em seu lugar sejam adotadas técnicas não-jurídicas, mas sim morais e sociais, inclusive com uma função indireta da educação moral. Em contraposição às posições do Abolicionismo radical, profligam uma posição moralista e solidária, baseada em uma moral superior, de viés jus-naturalista, que deveria regular diretamente a sociedade, sem a interveniência do Estado.

Assim, feito um apanhado geral das principais vertentes que orientam o movimento abolicionista na atualidade, detecta-se que a rebeldia contra o sistema penal reside, basicamente, no fato de o sistema penal rotular como perigoso todo aquele indivíduo que vive em condições sociais havidas como marginalizadoras, enquanto o Abolicionismo chama de “situação-problema” todo eventual acontecimento infracional, independentemente da situação sócio-econômica e do estigma prévio de perigoso, substituindo a prevenção geral pela defesa dos direitos de cada um, como enfatizam Edson Passeti e Roberto Dias da Silva⁶¹.

Nessa linha, a teoria abolicionista está em sintonia com o presente, evitando dicotomias e discriminações e procurando demonstrar que a sociedade já vive sem um sistema penal, posto que é comum a substituição da repressão oficial pelos mecanismos de conciliação e compensação. E concluem Edson Passeti e Roberto Dias da Silva⁶²:

Com a abolição do sistema penal, busca-se ultrapassar a mera transferência das condutas do campo penal para o civil, supondo que neste, por prevalecer a conciliação, se encontraria o meio mais eficaz para a pacificação real da violência. Seguramente, estaríamos no campo da despenalização sem dar fim à imposição punitiva, talvez privilegiando as situações de semi-liberdade ou de liberdade vigiada, sem o interesse efetivo dos envolvidos, mas contemplando o efetivo interesse dos

⁶¹ PASSETI, Edson. SILVA, Roberto Dias da. Abolicionismo penal e os direitos de cada um. *Boletim IBCCrim*, nº 59. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 04.

⁶² Ob. e p. op. cit.

reformadores de plantão. É inevitável encontrar um mesmo novo lugar para o encarceramento, substituindo-se a prevenção pela terapêutica geral.

Após desfiar as virtudes do Abolicionismo, fortes em Nils Christie e Louk Houlsman, Salete Magda de Oliveira e Edson Passeti⁶³ listam cinco possíveis modelos de respostas a uma determinada “situação-problema”: o compensatório, o terapêutico, o conciliatório, o educativo e o punitivo revisitado. E explicam:

A compensação supõe a capacidade de um indivíduo dar ao outro algo em troca na solução reparadora, baseada no princípio da generosidade. A concepção de terapia ampliada refuta a aplicação do tratamento confinado, estimulando a potencialização e o talento do envolvido na situação-problema. A punição revisitada, em nenhum momento reitera a necessidade da prisão, mas investe no acordo entre partes para a realização do banimento, sem designar, como no sistema penalizador, o lugar a ser ocupado por esse corpo. Por fim, a educação consiste em um princípio de sociabilidade pautada na descentralização da autoridade.

Mas, se considerada a “idade” das respostas penais, desde os períodos acientíficos, passando pela sua sistematização e aquisição de foros de disciplinabilidade, até os dias atuais, pode ser dito que o ideário do Abolicionismo é algo ainda – digamos – juvenil. E toda novidade enseja uma contrariedade, não podendo ser diferente em relação às idéias. A principal linha de oposição ao Abolicionismo desfralda a bandeira do utilitarismo do Direito Penal, apontando-o como em perfeita sintonia com as aspirações da sociedade, estupefata com o crescimento da criminalidade. Outrossim, assinala-se existir equívoco do Abolicionismo, quando volta as suas cargas em defesa dos hiposuficientes, como se a criminalidade existisse apenas no meio dos economicamente desvalidos, quando, na realidade, cresce astronomicamente a prática de delitos nos meios mais abastados, ainda que as vítimas indiretas pertençam às camadas sociais mais pobres. É o caso dos chamados crimes do “colarinho branco”, dentre estes os que têm o poder de dismantelar sistemas (ou pelo menos micro-sistemas) financeiros e econômicos, com reflexo final no poder comprante das classes

⁶³ OLIVEIRA, Salete Magda. PASSETI, Edson. Abolicionismo penal: Uma nova perspectiva para advogados, promotores e juízes. *Boletim IBCCrim*, nº 59. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 04

mais humildes, bem como gerando desemprego e falta de renda. Assim, explica Ricardo Antunes Andreucci⁶⁴:

Creio que o maior risco que corremos na atualidade seja o de nos deixar influenciar por tendências abolicionistas, que ganham maior vulto em face do combalido sistema carcerário brasileiro. Não se pode optar pela situação mais simplista (abolir a pena) apenas porque o sistema em funcionamento apresenta defeitos e imprecisões que merecem maior reflexão por parte dos envolvidos no processo e maior consideração por parte daqueles que têm a obrigação de implementar a infraestrutura necessária a suportar as condenações penais. (...) É inegável que, muitas vezes, o Poder Executivo não sustenta o necessário aparato devido ao implemento efetivo das penas aplicadas. A falta de vagas no sistema prisional, a inadequação dos estabelecimentos penais, o descumprimento das normas de execução e o descaso com os direitos e garantias fundamentais do preso faz com que se rotule levemente todo o Direito Penal como ineficaz e inoperante.

Nada obstante a respeitabilidade dos argumentos de Ricardo Antunes Andreucci⁶⁵ acima reproduzidos, não se pode ocultar, do seu texto, uma visão deveras simplista ao afirmar: “Aquele que cumpre a lei não teme o sistema penal, dele fazendo paradigma para a conduta de vida estabelecida. Para o transgressor da lei, a pena é inafastável, já que, não obstante várias tentativas frustradas, não se conseguiu estabelecer modo mais eficaz de resposta social.”.

Parecem dotadas de mais parcimônia e razabilidade as observações de Carla Rodrigues Ferreira⁶⁶, afirmando que a feição do garantismo geral do Direito Penal decorre da idéia de que quem faz o mal (comete o delito) recebe o mal (a pena) e que a raiz psicológica dessa vingança regulada e comensurada não pode, não foi e não será alterada através do Direito, do feitiço de leis ou por medidas de Política Criminal, posto que derivada de uma construção histórica que se conserva e muda lentamente, geração a geração e que, para se alterar a Política Criminal radicalmente ou abolir a pena privativa de liberdade ou ainda o próprio sistema penal é uma prévia reforma social “no que diz respeito a seus valores, a sua moral, a sua alma e pensamentos, não sendo assim, uma mudança fácil e com garantia de

⁶⁴ ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Falácia do Abolicionismo. *Boletim IBCCrim*, nº 62. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 15.

⁶⁵ Ob. e p. op. cit.

⁶⁶ FERREIRA, Carla Rodrigues. *Abolicionismo: uma tendência doutrinária ou um apelo social?* Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 06.10.2003.

sucesso à curto prazo, como bem preceituou Nils Christie: ‘só após alterações estruturais nas sociedades pós-industriais, com a reorganização dos processos de controle social, será possível a abolição’.”.

Ponderado e atado à razoabilidade é o fecho do artigo de Carla Rodrigues Ferreira⁶⁷, que assim diz:

Diante do exposto, torna-se perigosa uma tentativa de efetuar tais abolições diante da resposta, certamente negativa, da sociedade, incipiente para receber tamanha inovação. O maior e mais provável inconveniente seria o uso indiscriminado da auto-tutela, a sensação de se estar desamparado pelo Estado poderia gerar um pane social no sentido da população sentir a necessidade de se auto defenderem, aplicando "penas" individuais, desproporcionais e injustas. Não se estaria modernizando uma sociedade ao se impor algo que ela não aceita porque não acompanha, ao contrário, isso só faria retrocendê-la aos tempos da vingança privada, exercida individualmente pela vítima ou pela família desta.

Reiterando o respeito que as correntes de pensamento de novos paradigmas para a Política Criminal merecem, não pode ficar sem registro o alerta de que novos bens jurídicos são incorporados à preocupação geral da sociedade (e não somente dos juristas ou militantes das ciências afins ao Direito), devendo haver redobrada atenção quanto à adoção das inovações aqui comentadas. Nesse rol, dos bens jurídicos que por assim dizer foram “redescobertos” pela sociedade nas últimas décadas, estão aqueles pertencentes ao meio ambiente. E foi com tônica de preocupação (mas sem esboçar preconceitos) que Sérgio Salomão Shecaira, então presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) apresentou o livro “Conversações Abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva”, reunindo as principais conferências do Seminário Internacional Abolicionismo Penal, realizado por aquela instituição em parceria com o Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), de 18 a 21 de novembro de 1987, compilação executada sob a coordenação de Edson Passeti e Roberto Baptista Dias da Silva⁶⁸. Diz Sérgio Salomão Shecaira: “A partir da

⁶⁷ Ob. op. cit.

⁶⁸ PASSETI, Edson. SILVA, Roberto Baptista Dias da (organizadores). *Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 7.

constatação de que o direito penal é uma instância seletiva e elitista, constroem os abolicionistas uma crítica analítica, compreensiva e descritiva que permite repensar as instâncias punitivas. São legados dos abolicionistas, dentre outros, o impulso ao estudo da criminalidade do colarinho branco, do racismo, imperialismo, discriminação sexual, belicismo e delitos ecológicos.”.

3.3.4. O Minimalismo.

O ponto mais destacado da chamada Criminologia Crítica (ou Nova Criminologia) responde pelo título de Minimalismo (ou Criminologia Minimalista ou Direito Penal Mínimo) e foi gerado no clima de contestação que marcou a década de sessenta do século passado. O antagonismo ao *establishment* foi então sentido na profusão do movimento hippie; nos conflitos de rua iniciados pelos estudantes de Paris e logo imitados pela juventude de diversos lugares do planeta, inclusive do Brasil; pelo crescimento da intelectualidade esquerdista, seqüenciada por violenta reação direitista; pelas campanhas pró-direitos civis e contra a discriminação racial, capitaneadas por Nelson Mandela, Martin Luther King, Malcom X e outros próceres e pelas seqüelas da desastrosa Guerra do Vietnã. Assim, essa aura de rebeldia não passou indene às ciências penais, em repulsa ao modelo clássico e romântico da Criminologia e da Política Criminal até então reinantes.

Pois foi nessa ambiência que Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young lançaram a obra “The New Criminology: For a Social Theory of Deviance”⁶⁹, demarcando séria discussão acerca dos critérios de criminalização de condutas e sobre a legitimação e o funcionamento da Justiça Penal. Obviamente o ideário que aí foi espargido aliou-se ao pensar

⁶⁹ TAYLOR, Ian; WALTON, Paul e YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. São Paulo: Graal. 1980.

de Luigi Ferrajoli⁷⁰, que poucos anos adiante afirmou que os sistemas de direito e responsabilidade penal “oscilam entre dois extremos opostos, identificáveis não apenas com dicotomias saber/poder, fato/valor ou cognição/decisão, mas também com o caráter condicionado ou incondicionado, ou bem limitado ou ilimitado do poder punitivo”.

Adiantando um perfil da dicotomia estabelecida entre o modelo garantista e os modelos autoritários de sistemas penais, Luigi Ferrajoli⁷¹ afirma que o garantismo pode ser identificado como modelo de Estado de Direito, assim entendido como um tipo de ordenamento onde o Poder Público, por seu viés penal, esteja rigidamente vinculado e limitado à lei no plano substancial, com submissão a um plano processual. Já os modelos autoritários, pelo inverso, configuram sistemas de controle penal próprios do Estado Absoluto (ou Totalitário), nos quais os poderes públicos são carentes de limites e condições. E arremata Ferrajoli⁷²: “Denomino esses dois extremos ‘direito penal mínimo’ e ‘direito penal máximo’, referindo-me com isso tanto a maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos ao sistema quanto à quantidade e à qualidade das proibições e das penas nele estabelecidas.”.

Acerca do garantismo ferrajoliano, discorre Alexandre da Maia⁷³:

Luigi Ferrajoli centra sua abordagem partindo do pressuposto que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas. No aspecto penal, destaca o autor que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais(5). Então, a idéia do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais. Todavia, seu conceito é mais complexo, como observaremos adiante.

Cria-se, pois, uma divergência entre a normatividade e a efetividade, e o garantismo seria forma de fazer a junção entre elas, muito embora ele tenha como ponto-de-partida a distinção entre ser e dever-ser, que ocorre tanto no plano externo, ou ético-político, como também no plano interno, ou jurídico. Isto posto, há uma necessidade de uma justificação externa do modelo garantista(6).

⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouokr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 83.

⁷¹ Ob e p. op. cit.

⁷² Ob e p.op. cit.

⁷³ MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 21 abr. 2006.

Tornando ao Minimalismo, tem-se que a ampliação da sua base científica levou à bifurcação das idéias. Uma corrente, tendo por expoente Lola Anyar de Castro, segundo reporta Edmundo Oliveira⁷⁴, prega a necessidade do estabelecimento de uma legislação penal de conteúdo mínimo, destina à preservação dos direitos humanos e das liberdades individuais, garantindo assim a defesa dos hipossuficientes e prevenindo reações desproporcionadas por parte do Estado, de entes públicos ou privados, ou até mesmo da vítima.

A outra tendência do Minimalismo, forte no ideário de Alessandro Baratta, propugna um freio ao Direito Penal, cujo mais destacado instrumento, a lei, teria por finalidade apenas limitar a violência institucional, emblematizada, sobretudo – mas não exclusivamente – pelo sistema penitenciário.

Em que pese algumas divergências pontuais entre essas correntes, o certo é que o núcleo do ideário permanece comum, vendo a pena como uma das manifestações mais sérias e controvertidas da violência estatal, desde que posta a serviço de grupos minoritários – mas poderosos no contexto local – e socialmente privilegiados. Ademais, o sistema penal é altamente seletivo, tanto em relação ao processo de criminalização como no que tange à seleção dos destinatários da norma e da sanção, consoante já foi dito acima, quando abordado o Abolicionismo.

Alice Bianchini⁷⁵, expondo em prol de um Direito Penal do qual se possa extrair a máxima utilidade possível com o mínimo de sofrimento necessário, estabelece, para a desejável eficiência do Minimalismo, um rol com as seguintes condicionantes:

- a) só podem ser tutelados aqueles bens e valores imprescindíveis ou fundamentais para a sociedade ou para o indivíduo (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), o que concebe ao Direito penal um caráter fragmentário;
- b) as condutas a serem criminalizadas não de ofender ou colocar em perigo bens ou valores fundamentais para a sociedade ou o indivíduo (princípio da ofensividade),

⁷⁴ OLIVEIRA, Edmundo. As Vertentes da criminologia crítica. *Cadernos da Pós - Graduação em Direito da UFPA*. Belém, v. 1, n. 3, pp. 1 a 12, abr./jun. 1997. p. 8.

⁷⁵ BIACHINI, Alice. *A concepção minimalista do Direito Penal*. Disponível na Internet: www.ibccrim.org.br, 04.12.2000.

excluída de qualquer possibilidade de incriminação aquelas ofensas (ou risco) de pequena monta, nas quais subsiste uma escassa danosidade social (princípio da insignificância).

Ambos os princípios, da mesma forma que o anterior, decorrem do caráter fragmentário do Direito penal;

c) a criminalização de determinada conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave ou que os tenha exposto a perigo idôneo, só se justifica se a controvérsia não pode ser resolvida por outros meios de controle social, seja formal ou informal, menos onerosos (princípio da necessidade), o que caracteriza o Direito penal como sendo subsidiário;

d) mesmo à falta de outro meio de controle menos gravoso que possa ser utilizado, o Direito penal há que se mostrar capacitado para alcançar o fim de reduzir as cotas de violência (princípio da adequação);

e) esta capacidade encontra-se condicionada, ainda, pela verificação dos custos sociais e individuais que os instrumentos utilizados acarretam, de forma que um meio, idôneo que seja, quando não puder compensar os custos, não se encontrará legitimado (princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

Em que pese os elogios e acatamentos que encontra nos sítios do Direito Penal e da Criminologia, o ideário do Minimalismo sofre críticas, pontuais ou radicais, tanto dos adeptos da sua mais antagônica corrente (o Neo-Retribucionismo da Lei e da Ordem), como de dos seus próprios profligadores. É o caso da opinião de Luigi Ferrajoli⁷⁶ a propósito do instituto da transação penal, que no sistema penal brasileiro emblemática o Direito Penal Mínimo. Desfia Ferrajoli:

A negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição. O contraditório, de fato, consiste no confronto público e antagonista entre as partes em condições de paridade. E nenhum contraditório existe entre as partes que realizam o acordo entre si em condições de disparidade. (...)

Além das fórmulas de legitimação existe, sobretudo, o perigo de que a prática do acordo ou transação – como de resto ficou demonstrado pela própria experiência americana – possa produzir uma grave perversão burocrática e policiaesca de uma boa parte da justiça penal, e transformar o juízo em um luxo reservado àqueles quantos dispostos a afrontar as despesas e os riscos, e que o processo possa reduzir-se a um jogo de azar no qual o imputado, embora inocente, é colocado diante de uma escolha entre a condenação a uma pena reduzida, e o risco de um juízo ordinário que pode concluir-se com a absolvição mas, também, com uma pena enormemente mais alta.

A transação penal, de fato, não encontra outro fundamento senão o de um escambo perverso. No confronto desigual com a acusação, o que pode dar o imputado ou indiciado, em troca da redução de pena senão a própria declaração de culpabilidade ou a chamada de co-réu, embora infundada, de outros imputados? E o que garante que um cidadão inocente, mas privado de defesa, vendo frustrar o seu clamor de inocência e descrente na justiça, embora contra sua vontade, não venha a aceitar a transação quanto ao rito ou a redução de um terço da pena ou, ainda melhor, o acordo sobre a pena e portanto a sua diminuição de "até um terço" que significa um epílogo imediato do acontecimento com o máximo de dois anos de reclusão, a extinção do crime depois de cinco anos e talvez a suspensão condicional da pena? (...)

⁷⁶ Op. cit., pp. 600 a 602.

Disto resulta a devastação do completo sistema de garantias: o nexos causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito de aventura do imputado e da discricionariedade da acusação; os princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público, e que discipline o seu engajamento com o imputado; a não derrogação do juízo, que significa a não fungibilidade da jurisdição e das suas garantias, assim, como a obrigatoriedade da ação penal e a indisponibilidade das situações penais elididas pelo poder do Ministério Público de mandar soltar aquele que se declare culpado; a presunção de inocência e o ônus acusatório da prova, negados substancialmente – já que não formalmente – pela confissão interessada; e o papel de subordinação do indiciado em relação à acusação e à defesa; o princípio do contraditório, que reclama o conflito e a clara separação dos papéis entre as partes processuais. A própria natureza do interrogatório resulta pervertida, sendo não mais meio de instauração do contraditório por meio da contestação da acusação e a exposição da defesa, mas relação de forças entre inquisidores e inquiridos, na qual ao primeiro não incumbe nenhum ônus probatório mas, apenas, a opressão sobre o segundo e registrar as auto-acusações.

Para o conforto dos que entendem pela incompatibilidade da conversão da transação penal, com aceitação de pena (?) restritiva de direitos, em pena privativa de liberdade, registra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal severa inclinação nesse sentido, conforme notícia Damásio E. de Jesus⁷⁷:

Há quatro orientações: 1ª) converte-se em pena privativa de liberdade, pelo tempo da pena originalmente aplicada, nos termos do art. 181, § 1.º, c, da LEP. Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover et al., 'Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei nº 9.099/95', São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 190; Cézár Roberto Bitencourt, 'Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão', Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p. 111; 2ª) descumprido o acordo, há dois caminhos: 'retomada ou propositura da ação penal que fora evitada pela composição' ('Resenha do TRF da 1ª Região', Brasília, 3(3):7), servindo-se a acusação, se caso, da providência do art. 77 da lei. Não se converte a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade em face de ausência de previsão específica. Nesse sentido: TACrimSP, ACrim nº 1.070.239, 1.ª Câmara, RT, 747:690 e 691; Luís Paulo Sirvinkas, 'Conseqüências do Descumprimento da Transação Penal (Solução Jurídica ou Prática?)', Revista dos Juizados Especiais, São Paulo, out./dez. 1997, 6:13; Berenice Maria Giannella, 'O JECrim e a Conversão da Pena Restritiva de Direitos em Privativa de Liberdade', Boletim do IBCCrim, São Paulo, set. 1998, Jurisprudência, p. 1; Édison Miguel da Silva Júnior, 'Lei nº 9.099/95: Descumprimento da Pena Imediata no Estado Democrático de Direito', RT, 749:549 e 551, nº 4; 3ª) o descumprimento do acordo conduz à sua execução. Nesse sentido: TACrimSP, ReCrim nº 1.165.583, 7ª Câmara, rel. juiz S. C. Garcia, RT, 759:647; 4ª) não pode haver conversão em pena privativa de liberdade (ausência de previsão legal) e nem início ou retomada da ação penal: não há lei que permita (nossa posição). Nesse sentido: STJ, REsp nº 172.951, 5ª Turma, rel. ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 27.04.99, DJU 31.05.99; STJ, REsp nº 194.637, 5ª Turma, rel. ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 24.05.99, p. 190 e 191; STJ, REsp nº 191.719, 5ª Turma, rel. ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 24.05.99, p. 190. Para nós, a composição penal encerrou o procedimento. O legislador, não prevendo a hipótese, criou uma situação sem solução contra o autor do fato.

⁷⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. *Descumprimento da pena restritiva de direitos na transação penal - importante acórdão do Supremo Tribunal Federal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.8, n.91, p. 7, jun. 2000.

A 2ª Turma do STF, no HC nº 79.572, de Goiás, j. 29.02.2000, Rel. ministro Marco Aurélio, reformando acórdão do Superior Tribunal de Justiça e adotando a segunda corrente, decidiu que:

1. A sentença que aplica pena no caso do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais não é nem condenatória e nem absolutória. É homologatória da transação penal.
2. Tem eficácia de título executivo judicial, como ocorre na esfera civil (art. 584, III, do Código de Processo Civil).
3. Se o autor do fato não cumpre a pena restritiva de direitos, como a prestação de serviço à comunidade, o efeito é a desconstituição do acordo penal.
4. Em consequência, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público para que requeira a instauração de inquérito policial ou ofereça denúncia.’

Mesmo assim, Damásio E. de Jesus⁷⁸ não concorda com o entendimento do Supremo e afirma: “Entendemos que a orientação da Suprema Corte não encontra amparo legal: inexistente dispositivo permitindo essa providência. O acórdão criou um caminho desconhecido do legislador.”.

Mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que não abundante, tem sido firme no sentido aqui mencionado^{79 80 81 82 83 84}.

⁷⁸ Ob. e p. op. cit.

⁷⁹ “EMENTA: CRIMINAL. CONDENAÇÃO À PENA RESTRITIVA DE DIREITO COMO RESULTADO DA TRANSAÇÃO PREVISTA NO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCABIMENTO.

- A conversão da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei.

- Recurso não conhecido.” (RE 268319-PR, unânime, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 27.10.2000).

⁸⁰ “EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À "CASA DA CRIANÇA", RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal.

- Habeas corpus deferido.” (HC 80164-MS – unânime – Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ 07.12.2000).

⁸¹ “EMENTA: Juizado Especial Criminal - Transação penal efetivada nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95, fixando pena restritiva de direitos - Inviabilidade de sua conversão em pena privativa de liberdade - Recurso extraordinário de que não se conhece.” (RE 268320-PR, unânime, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJ 10.11.2000.

⁸² “EMENTA: Habeas corpus - Constrangimento ilegal – Ato de Juiz de Direito no âmbito de Juizado Especial Criminal - Incompetência do Supremo Tribunal Federal - Não conhecimento. Transação penal descumprida - Conversão de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade - Ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório - Precedentes: RE nº 268.320 e HC nº 79.572.

- A jurisprudência do STF, favorável ao paciente, a celeridade deste remédio heróico e a ausência de precedente desta Corte quanto à questão da competência, recomendam a concessão da ordem.

- Habeas corpus concedido de ofício.” (HC 80802-MS, unânime, Relatora Ministra Ellen Grace, DJ 18.05.2001).

⁸³ “HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério

Parece, portanto, que a postura mediana defendida pelo Minimalismo apresenta-se como uma boa alternativa para conjugar credibilidade com razoabilidade no campo penal, dando a necessária proteção aos bens que merecem essa tutela, inclusive aqueles de cunho ambiental. Afinal, a interferência do Direito Penal deve ser restrita “aos campos da atividade humana onde a tutela oferecida pelos outros segmentos da ciência penal não tenha sido suficiente. Assim, o alentado número de tipos penais, disciplinando temas que seriam melhor albergados em outros ramos do Direito, só implica na hipertrofia do Direito Penal, tornando-o lento e ineficaz, o que provoca seu descrédito pela população.”⁸⁵. Tanto que ao autor deste trabalho⁸⁶ coube definir-se como adepto do Minimalismo, afirmando:

Indiscutível também é que a marcha para a solução dos conflitos deve percorrer, de primeiro, as rotas da extra-oficialidade, rumando a seguir pelos mecanismos de composição alheios à imposição de sanções, para somente, quando esgotadas essas vias, desaguar na seara estatal incumbida de marcar a jurisdição. E mesmo neste último espaço, somente quando os outros ramos do Direito, timbrados de maior brandura, demonstrarem insuficiência para a solução das pendências, deve a querela ser posta sob as luzes do Direito Penal. É a prevalência do *princípio da intervenção mínima*, que é uma das características do Estado social e democrático de Direito.

Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade.

TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia.” (HC 79572-GO, unânime, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2002).

⁸⁴“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. Lei 9.099/95, art. 76.

I. - A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

II. - H.C. deferido.” (HC 84775-RO, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ 05.08.2005).

⁸⁵CARVALHO, Ivan Lira de. O Direito Penal como instrumento inibidor da violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 18, pp. 69-76, abr.-jun./97.

⁸⁶CARVALHO, Ivan Lira de. Direito Penal mínimo, eximentes e dirimentes nos crimes ambientais. *Enfoque Jurídico*, suplemento do Informe do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, n. 04, p. 16, jan/fev/97.

4. AS RELAÇÕES SOCIAIS E O MEIO AMBIENTE.

4.1. Considerações sobre o homem e o meio ambiente.

Cuida-se, nesta parte do trabalho, de uma análise do evoluer social do homem, em paralelo com as suas preocupações ambientais. Assim, sem o intento de contestar ou defender desbragadamente as teorias científicas da evolução das espécies, pode ser dito que não constituiu exercício ficcional afirmar que a preocupação com a preservação ambiental é contemporânea ou quiçá anterior à razão humana. Isto é verossímil em razão da constatação de que o homem primitivo, tirando da própria natureza o seu sustento e nela conseguindo o seu abrigo, sempre laborou no sentido de haurir o melhor proveito dos espaços que lhe fossem favoráveis à sua sobrevivência, incluindo aí, quanto possível, o elemento prazer, configurado nas noções intuitivas de conforto ambiental. Associar o local de caçar (e posteriormente de praticar a agricultura) com o espaço de abrigo para si e para os seus protegidos e aliados sempre foi uma das características do homem sociável.

Esse gérmen de conjugação do espaço ambiental como *locus* de comer e de morar continuou a progredir com a evolução do homem, de sorte a ser fundado, no final do Século Dezenove, o vocábulo ecologia, significando o estudo do inter-relacionamento de todos os sistemas – vivos ou não – da natureza. Não tardou para que essa versão científica atingisse as raias acadêmicas, firmando-se, de início, no campo da biologia, seguindo para a aquisição de contornos inter e multi disciplinares, de sorte a envolver vários segmentos do conhecimento humano e por isto mesmo reclamando uma crescente especialização.

Em que pese o avanço sentido, nesta quadra do viver social, a propósito da preservação ambiental, é certo que muito ainda há que ser feito para que se consiga, pelo menos, um estágio suportável entre desenvolvimento e meio ambiente equilibrado. Não é sem

razão que a preocupação com a qualidade ambiental anda de par com outra aflição da humanidade hodierna, que é a pobreza (descambando para a miséria). Vendo a junção de esforços para minimizar os efeitos deletérios da pobreza e da degradação ambiental, H. Jeffrey Leonard⁸⁷ explica:

A pobreza corrente e a destruição ambiental ameaçam bloquear o progresso econômico e social, nas próximas décadas, em numerosos países em desenvolvimento. A pobreza persistente na periferia urbana e no interior de numerosos países de renda média, e a pobreza penetrante e a fome nos de renda mais baixa, limitam seriamente o crescimento econômico geral. As cicatrizes claramente visíveis deixadas pela destruição de recursos de floresta, solo e água em todo o mundo em desenvolvimento assinalam tanto o desperdício extremo de produtividade econômica já perdida quanto a redução do potencial produtivo desses recursos no futuro.

Registra-se, por oportuno, que este capítulo não tem o condão (e nem a intenção...) de trasmutar o foco do ensaio (o estudo da crise de eficácia, efetividade e eficiência do Direito Penal e o seu reflexo na proteção penal do meio ambiente), levando o homem para um desnecessário posicionamento central da questão, num antropocentrismo que não tem razão de ser, mercê da autonomia do bem jurídico ambiental. Isto porque, segundo Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin⁸⁸, cresce o espectro da tese de que uma das mais destacadas finalidades do Direito Ambiental é a proteção da biodiversidade, fauna e flora, “sob uma diferente perspectiva: a natureza como titular do valor jurídico *per se*, inerente a si mesma, vale dizer, exigindo, por força de profundos argumentos éticos, proteção independentemente de sua utilidade para o homem.”.

Não se pode negar que o caso brasileiro é de uma aparente opção constitucional pela proteção do meio ambiente como se fosse este uma espécie de apêndice ou vassalo dos interesses e necessidades do homem. É isso que pode ser extraído de uma leitura mais aligeirada da Constituição de 1988, quando consigna em seu art. 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo “e

⁸⁷ LEONARD, H. Jeffrey. *Meio ambiente e pobreza: estratégias de desenvolvimento para uma agenda comum*. LEONARD, H. Jeffrey (org). JUNGMAN, Ruy (trad.). Meio ambiente e pobreza: estratégias de desenvolvimento para uma agenda comum. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1992. p. 16.

⁸⁸ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. Objectivos do Direito Ambiental. *Lusíada – Revista de Ciências e Cultura*. Série de Direito. Número Especial. Porto: Invulgar Artes Gráficas Ltda, 1996. p. 29.

essencial à sadia qualidade de vida”. Tanto é assim que opiniões de respeito, como a de Celso Antonio Pacheco Fiorillo⁸⁹, inclinam ao entendimento atropocêntrico da tutela constitucional do ambiente, afirmando que o direito material ambiental que exala da Carta Política diz respeito à existência de uma relação jurídica vinculante da pessoa humana aos chamados bens ambientais. E, dando ênfase à “qualidade de vida” gizada no predito art. 225, afirma que estes, os bens ambientais decorrentes daquele comando constitucional, aliados aos princípios fundamentais “são aqueles reputados *essenciais à sadia qualidade de vida da pessoa humana no âmbito do que determina a Constituição Federal*, ou seja, essenciais à sadia qualidade de vida de brasileiros e estrangeiros residentes no País.”.

Novamente sem o intento de conduzir o presente trabalho a uma profunda análise filosófica acerca do elemento “vida”, não é possível negar-se que o socorro ao esclarecimento do alcance de tal palavra pode advir da Filosofia, em cujos sítios a expressão vida alberga um conceito de numerosas faces, já que pode referir-se “ao processo em curso do qual os seres vivos são uma parte; ao espaço de tempo entre o nascimento e a morte dum organismo; a condição duma entidade que nasceu e ainda não morreu; e aquilo que faz com que um ser vivo esteja... vivo. Metafisicamente, a vida é um processo constante de relacionamentos.”⁹⁰.

Assim, atreve-se a conjectura de que a expressão “vida”, lançada no pórtico de uma parcela tão importante da Carta de 1988, em capítulo dedicado exclusivamente ao meio ambiente, não pode ser lida com o imaginário acréscimo de “vida humana”. O todo, o ambiente, é a vida tutelada pela Constituição. Nesta tutela, obviamente, está contemplado o homem. Nesse “todo”, contempladas foram também as futuras gerações (princípio intergeracional) da vida (e não somente da vida humana).

⁸⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios de processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.36

⁹⁰ Wikipédia – A enciclopédia livre. Disponível na Internet: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Vida> [20.04.2006].

4.2. A importância da tutela jurídica do meio ambiente como instrumento de preservação da vida e do bem-estar do homem.

Conquanto se tenha afirmado, linhas acima, que não existe espaço neste ensaio para a inserção do homem no centro das atenções, vez que o móvel deste trabalho distancia-se do antropocentrismo para dar privilégio à questão ambiental e aos seus contornos de ordem penal, seria ingênuo excluir o ser humano desta discussão. Em suma, o homem, nesta análise, não é o todo, mas é muito sem ser demais. E tanto é assim que Néstor Antonio Cafferatta⁹¹ cuida do assunto sem radicalismos, ao afirmar que sendo a salubridade do ambiente uma condição para o desenvolvimento da pessoa, é cada vez maior a tendência a reconhecer no direito ao ambiente um autêntico direito da personalidade, ao qual qualifica como integrante dos Direitos Humanos de terceira geração⁹².

De moderação também é a lição de José Guimarães Duque⁹³, ao analisar a interação do homem com o ambiente que o rodeia:

Uma aglomeração humana vive, em sua região natal, mediante uma adaptação empírica ou intuitiva, adquirida através dos anos ou de geração, com o solo, o abrigo, o clima, o trabalho, etc. Para garantir a sua perpetuidade, uma comunidade humana precisa viver em harmonia com o código da Natureza do seu meio. As transgressões ao jogo harmonioso das forças naturais importam em penalidades que primam pela crueldade e imutabilidade. Se a terra é desnudada, a erosão aparece com o empobrecimento do solo, as inundações, etc., e o resultado é a fome e o perecimento da população não importando quem tenha sido o causador do desastre.

O homem não é livre no meio ecológico que ele bem conhece porque o solo é instável, nasce, vive e morre conforme a proteção, o repouso que se lhe dá em retribuição à entrega generosa da sua fertilidade.

A adaptação dos seres vivos ao ambiente é requisito fundamental para a sobrevivência, porém o seu sincronismo funcional ou o 'modus operandi' acompanha as variações edafoclimáticas de cada região.

Pode ser dito, pois, que este estudo está comprometido muito mais com o que o homem pode fazer pelo meio ambiente do que como o meio ambiente pode servir ao

⁹¹CAFFERATTA, Nestor Antonio. *Introducción al Derecho Ambiental*. Buenos Aires: Semarnat/INE/PNUMA, 2004. p. 22.

⁹²Ob. op. cit., p. 24.

⁹³DUQUE, José Guimarães. *Solo e água no polígono das secas*. 5ª. edição. Coleção Mossoroense, volume CXLII. Brasília: CNPq, 1980. p. 19.

homem. E foi assim alinhada que Jacqueline Morand-Deville⁹⁴ resenhou a evolução recente do Direito Ambiental, saindo do ideário iluminista de “senhor e possuidor da natureza” (Descartes) e titular do direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta (art. 544 do Código Napoleônico) para a subordinação ética ao provérbio africano, segundo o qual “não é mais o homem o senhor da terra, mas a terra é que é a senhora do homem”⁹⁵ e à sabedoria indiana que estabelece que “nós não vamos herdar a terra dos nossos ancestrais, mas vamos emprestá-la aos os nossos descendentes”⁹⁶.

Esse afastamento do antropocentrismo, mas sem excluir o homem dessas preocupações está consentâneo com lições já sedimentadas, como as de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy⁹⁷:

Para os mais conservadores, protagonistas de um ambientalismo pouco profundo (*shallow environmentalism*) a proteção ambiental decorre do fato de que a natureza tem valor instrumental para nós, seres humanos; trata-se da concepção dominante⁽²⁾. A esse intenso antropocentrismo contrapõe-se um biocentrismo insurgente, que reconhece direitos intrínsecos à própria natureza, hostilizando o pragmatismo de matiz humanista⁽³⁾. Conotações mais sociológicas denunciam o uso do ambientalismo por parte de injunções políticas orquestradas para a captação de recursos externos e de simpatias ensejadoras de votos, prestígio, poder⁽⁴⁾.

Da mesma sorte a opinião de Nicolao Dino de Castro e Costa Neto⁹⁸, recusando o “antropocentrismo excludente”⁹⁹ e afirmando que a opção feita em prol da natureza não se confunde com uma desclassificação da espécie humana, mas é a compreensão de que “enquanto atores de um mesmo cenário biótico, cabe aos seres humanos a adoção de

⁹⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *L'environnement et le droit*. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, E.J.A., 2001. p. 2.

⁹⁵ “*Ce n'est pas l'homme qui est maître de la terre, mais la terre qui est maître de l'homme*”.

⁹⁶ “*Nous n'avons pas hérité la terre de nos ancêtres, nous l'avons empruntée à nous enfants*”.

⁹⁷ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Fundamentos filosóficos do Direito Ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 466, 16 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5795>>. Acesso em: 22 abr. 2006.

⁹⁸ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 31.

⁹⁹ A propósito do antropocentrismo excludente, expõe Nicolao Dino de Castro e Costa Neto: “Na vertente antropocêntrica excludente, a natureza possui valor essencialmente instrumental. Se, porém, considerarmos uma postura ‘biocêntrica holista’, será possível sustentara que os ecossistemas são detentores de valor intrínseco. Mas daí surgiria a indagação sobre a efetiva existência de valor que transcenda os seres sencientes. Existirá valor além do homem e, ainda, além dos seres sencientes?”. (ob. op. cit., p. 26).

uma interpretação ecológica e uma postura ética que ultrapassem a posição egoística de que a natureza se presta apenas à satisfação das suas necessidades.”.

Apesar da constatação de que certos agrupamentos de estudos e de discussões acerca da questão ambiental por vezes vêm os problemas ambientais apenas pelo discutível ângulo da “natureza intocada”, configurando assim um núcleo de preservacionistas radicais, outros grupos enxergam o problema ambiental com sendo essencialmente social, buscando soluções para a preservação do meio ambiente para tê-lo como patrimônio da sociedade, imprescindível ao bem-estar do homem. Inclua-se, nesse quadrante, o conforto ambiental incontornável na vida em urbe, cuja racionalidade é lembrada por Sylvio Loreto¹⁰⁰: “O processo de urbanização não pode ocorrer com o sacrifício de valores humanos, por mais insignificantes que pareçam ser. Não pode se apoiar em nada que traga prejuízo à condição de vida. Não pode ocorrer a partir do sacrifício do bem social, de danos à natureza, de destruição da memória nacional, e de nenhuma forma de injustiça”. É justamente nesse espaço sociocultural e histórico que aparece o Direito como ciência preocupada e voltada para as questões ambientais, ora acompanhando as abordagens mais privatísticas dos problemas, ora deixando mostrar o caráter transindividual e público dos males que atingem o meio ambiente, comprometendo a existência da vida humana e a preservação dos próprios recursos naturais.

4.3. Lineamentos da proteção penal do meio ambiente, nos limites do presente estudo.

4.3.1. Generalidades.

¹⁰⁰ LORETO, Sylvio. A questão urbana e o projeto de lei do uso do solo. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, ano 12, v. 57, p.61, out. 1988.

Considerando-se, como afirmado acima, o Direito como um todo, que serve para emprestar a sua força protetiva ao meio ambiente, e considerando-se a inescandível tendência das ciências sociais para a especialização (sob pena de perder definitivamente a corrida que celebra com os avanços sociais), confere-se missão de elevada importância ao Direito Penal quando instado for a ingerir na regulação das ligações entre o homem e o meio que o circunda, especialmente no que diz respeito aos recursos naturais: a de compatibilizar o patrimônio ambiental do planeta com as necessidades do homem, permitindo a sobrevivência saudável e digna de um e de outro.

É prudente que de já se esclareça que essa importância do Direito Penal como ofertante de tutela aos bens ambientais não coloca essa rama da ciência jurídica ao largo das limitações e das ponderações que a si são dirigidas, consoante foi alinhado acima quando do discurso acerca do Minimalismo penal.

Por mais excelentes e sensíveis que sejam os bens ambientais, isto não justifica uma intervenção demasiadamente forte do Direito Penal em seu prol, mormente se atacar outros bens jurídicos igualmente importantes, como é caso daqueles listados no patamar das garantias da cidadania.

A delimitação aqui proposta passa, em um ponto inicial, pela definição do bem jurídico sobre o qual deverá incidir a proteção penal, tarefa esta que reclama, antes de tudo, uma explicação acerca do que é bem jurídico.

4.3.2. Sobre bem jurídico e outras considerações afins.

Toma-se de empréstimo ao Direito Civil a definição do que é bem jurídico, mostrando assim, por transversalidade, quão interdisciplinar é a tutela jurídica do meio

ambiente. Assim, na lição de Caio Mário da Silva Pereira¹⁰¹, bem é tudo aquilo que nos agrada, podendo assim ser caracterizado o dinheiro, “a casa, a herança de um parente, a faculdade de exigir uma prestação; bem é ainda a alegria de viver, o espetáculo de um pôr do sol, um trecho musical”. E prossegue afirmando que a ordem jurídica envolve bens inestimáveis economicamente ou intraduzíveis por um valor pecuniário e mesmo assim são suscetíveis de proteção legal¹⁰².

Nos domínios das ciências penais, merece relevo a opinião de Francisco de Assis Toledo¹⁰³, para quem o bem, em sentido lato, é tudo aquilo que se apresenta como digno, útil, necessário e valioso, sendo, pois, “coisas reais, ou objeto ideal dotado de ‘valor’, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que além de ser o que são, valem. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões”. E arremata Assis Toledo¹⁰⁴, esboçando o que chama de “situação social valiosa” para os valores ético-sociais para o contorno da definição de bens jurídicos, afirmando assim: “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”. Opera-se, nessa visão, o princípio da seletividade dos bens jurídicos, e, mais precisamente, dos bens jurídicos penais.

Importante, também, o entendimento de Luiz Régis Prado¹⁰⁵, delineando o bem jurídico como objeto de desejo, ao assegurar que este é tudo aquilo que tem valor para o ser humano, sugerindo que na história da Filosofia existem duas correntes ocupadas da conceituação de bem jurídico, uma delas advinda do esforço de Platão, tendo o bem como uma realidade perfeita e suprema e como tal desejada, enquanto a segunda corrente,

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 2ª. edição. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 271.

¹⁰² Ob. op. cit., p. 272.

¹⁰³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª. edição. São Paulo, Saraiva. 1991. p. 15.

¹⁰⁴ Ob. cit., p. 16.

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 18.

emblemática por Kant, entende que o bem não é perfeição e nem realidade por si mesmo, mas é perfeição e realidade apenas porque é desejado.

Também emprestando um matiz axiológico à abordagem, Ney Moura Teles¹⁰⁶ afirma que são bens jurídicos “a vida, a liberdade, a propriedade, o casamento, a família, a honra, a saúde, enfim, todos os valores importantes para a sociedade” e, dando color de seletividade, esclarece que entre os bens jurídicos, “alguns, os mais importantes, são colocados sob a proteção do Direito Penal que seleciona algumas formas de ataque ou de perigo de lesões – as mais graves –, proibindo-as sob a ameaça da pena criminal.”.

Tem-se, portanto, a perfeita adequação do ambiente (ou, se preferível, do meio ambiente) como um bem jurídico merecedor da tutela jurídica, mesmo que não se traduza em uma economicidade imediata ou visível.

É oportuno que se destaque, neste passo da análise, a cautela que deve ser ofertada a assertivas equivocadas – principalmente quando o bem jurídico é de cunho ambiental – de que é impossível para o Direito Penal emprestar proteção a todos bens jurídicos contra todas as agressões ou ameaças, pois se assim fizesse estaria travando o desenvolvimento técnico e a evolução da sociedade (?!). Com efeito, esse discurso somente subsistiria se analisado sob a ótica da prevenção geral, que é apenas uma das características (ou funções, como preferem alguns...) do Direito Penal. Assim, desde que o bem tenha dignidade penal, a tutela do Direito Penal é imprescindível e sempre será útil; mesmo que não seja na fase preventiva, será na posterior (punitiva).

Mas, para sediar-se no alcance da tutela penal, o bem jurídico não basta existir *de per se*. Mister se faz, também, que ele seja penalmente saliente, detendo relevância para merecer as achegas do Direito Penal. É essencial que assim ocorra para que se possa delinear uma estrutura jurídica de crime, a partir, inclusive, da tipicidade.

¹⁰⁶ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2004. p. 46.

Sem dúvida, o delito configura muito mais do que a agressão a um bem jurídico. Essa agressão pode até ser voltada a um bem merecedor da proteção do Direito. Mas bem que pode situar-se apenas nas raias do Direito Civil ou do Direito Administrativo, por exemplo. Repete-se: é preciso que o bem jurídico seja penalmente importante para poder dar azo à configuração de um tipo criminal.

Para Cláudio Brandão¹⁰⁷ o conceito de bem jurídico, esboçado por Birnbaum em 1834, a partir das idéias iluministas e libertárias vigentes então, adveio da necessidade de limitar o poder penal do Estado. Nessa linha de entendimento, até agora vigorante, o matiz axiológico é imprescindível, posto que “o bem jurídico é precisamente o valor protegido pela norma penal, mas esse valor cumpre a função de resguardar as condições de convivência em sociedade de um determinado grupo humano.”¹⁰⁸. E arremata Cláudio Brandão¹⁰⁹: “Bem jurídico deve ser definido, pois, como o valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade.”.

Por oportuno, é bom ser lembrado que um bem jurídico não existe apenas porque o legislador assim resolveu catalogá-lo abstratamente em uma norma jurídica, que pode estar até mesmo vinculada politicamente a um evento ou a uma situação conjuntural; em verdade, assim deve ser definido em função do que ele representa de indispensável para a vida social.

Em que pese essa exigência de definição, precisa e clara, do bem jurídico tutelado, a fim de que se configure com segurança a tipicidade do delito (e isso é atributo inarredável do garantismo), lastimou Everardo da Cunha Luna¹¹⁰ que nem sempre “o bem jurídico está claro nas figuras do crime em análise, sendo necessária uma cuidadosa

¹⁰⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7.

¹⁰⁸ BRANDÃO, Cláudio. op. cit., pp. 9 a 10.

¹⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002 p. 112.

¹¹⁰ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1993. p.31.

investigação – *Nicht gegeben, sondern aufgegeben*, dentro dos princípios de uma lógica, não formal, mas concreta”.

Arrazoado é falar-se que toda ação criminosa causa lesão ou pelo menos expõe a perigo um bem jurídico¹¹¹. Com o devido respeito aos que desposam opinião contrária, a excelência do bem jurídico ainda é fortemente sentida nos domínios do Direito Penal, sendo debaldes as invectivas doutrinárias para desprestigiá-lo¹¹². Isto não significa que estejam fora do acatamento teorias bem construídas cientificamente, que se afastam do exclusivismo do bem jurídico, como é o caso da Teoria da Imputação Objetiva, merecedora da análise em outra parte deste ensaio.

Talvez essa dificuldade em precisar o que é um bem jurídico, e mais ainda um bem jurídico penal, decorra da plasticidade que este tem de portar. E isso autoriza a formulação de um conceito dinâmico, permeável às mudanças sociais e ao avanço da ciência, sendo mutável conforme a evolução social. Na mesma senda, pode ser dito que os bens jurídico-penais predefinidos como tais a partir do valor que a estes empresta a sociedade, sofrem uma mutação axiológica que lhes permite uma freqüente e útil atualização. Destarte, o fato que em uma determinada quadra histórica obtém uma repulsa social forte, de modo a tornar-se crime, em outro espaço temporal pode ocupar o lugar de conduta reprovável apenas do ponto de vista moral ou mesmo juridicamente relevante em seara extra-penal. É o caso,

¹¹¹ Em matéria ambiental, já é forte a jurisprudência no sentido que a tutela penal volta-se, com freqüência, para a fase do avizinhamento do dano, isto é, do perigo que incide sobre o bem jurídico (o meio ambiente). Veja-se o seguinte julgado: “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME AMBIENTAL. LEI 9.605/98. TRANSPORTE DE PALMITOS. 1. Pela dicção do art. 46, parágrafo único da Lei nº 9.605/98, o simples fato de transportar os palmitos já constitui prática de ilícito penal.

2. Inescusável, à luz do disposto no art. 21 do CP, a alegação do réu de que não sabia acerca da legislação que protege a cultura do palmito, embora comercializasse o produto há vinte anos. 3. Negado provimento ao recurso.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma, ACR 1999.51.09.700292-0 /RJ, Rel. Juíza Fed. Convocada Liliane Roriz, j. 29.03.2005, DJ 16.06.2005).

¹¹² Reporta Everardo da Cunha Luna: “Mas o bem jurídico tem passado por duras provas, por vicissitudes várias. Nem sempre quer-se ver, nele, o objeto da tutela penal e o objeto contra o qual, dirigindo-se à atividade do sujeito, faz surgir o dano e o perigo, que estão na essência do crime. Duas correntes doutrinárias, ambas de inspiração antidemocrática e antiliberal, tentaram negar o relevo do bem jurídico no direito penal: a primeira, do direito penal da vontade, surgido na Alemanha, sob o regime nazista, e a segunda, menos radical, iniciada na Itália, sob o regime facista, por Antolisei, que denominamos teoria do crime sem ofensa.”.(Ob. op. cit., pp.27 e 28).

v.g., da caça ampla no interior de uma fazenda, pelo proprietário desta: do exercício pleno do direito de propriedade sobre o animal passou por restrições de ordem piedosa até chegar à criminalização, pelo extinto Código de Caça e posteriormente pela Lei 9.605/98, mercê da tutela de bem jurídico ambiental.

A proteção de bens jurídicos não implica, obrigatoriamente, na sua tutela através de mecanismos penais, pois uma coisa são bens “juridicamente” protegidos e outra coisa são bens “penalmente” protegidos. A interferência punitiva do Estado somente se legitima quando salvaguarda interesses ou condições que reúnem dois elementos, quais sejam, a generalidade e a relevância. O primeiro desses requisitos repousa na constatação de que a medida penal interessa à maioria da sociedade e não apenas a uma parte ou setor da mesma. O segundo ponto, o da essencialidade, diz respeito à imprescindibilidade da medida para – pelo menos – minimizar as áreas de atrito social, quer pela prevenção, quer pela repressão. Pode ser dito, assim, que essas duas cláusulas têm força para romper a barreira consistente do princípio da mínima intervenção.

Tem-se, nessa linha, um Direito Penal com função eminentemente instrumental, dêis que concebido como meio para a proteção de bens jurídicos penais decorrentes de uma seleção realizada com olhos ao princípio da mínima intervenção, circunstância que legitima as normas penais, dando a estas o prestígio de não haverem sido editadas ao sabor da desatenção; aparentam, aos seus destinatários, a seriedade que é a tônica do fator inibitório para os que se animam a transgredi-las.

O bem jurídico penal, assim posto, cumpre uma função material duplamente importante: atender aos objetivos da dogmática penal, protegendo a ordem estabelecida com o manto da respeitabilidade da sua própria seleção (dentre tantos bens interessantes à sociedade) e acorrer às finalidades da política criminal traçada para a área (tributária, ambiental, consumerista etc.), com liame aos imperativos da necessidade e do merecimento.

Assim, repete-se, a teoria do bem jurídico ainda permanece bem assentada, com âncora remota (mas nem por isso desprezível), no ideário do Iluminismo, movimento filosófico que legou ao Direito Penal atributos ainda hoje festejados, quais o de limitá-lo (ou mesmo exclusivá-lo) a quem detenha legitimamente o poder de constituí-lo (através dos tipos, respeitada a legalidade) e aplicá-lo. E com olhos para essa eleição – do Estado como detentor do monopólio da criação de tipos penais e de aplicador da sanção a quem transgredi-los – cresce a responsabilidade para a escolha dos bens jurídicos portadores de dignidade penal. Imprescindível, portanto, o respeito ao princípio da ofensividade, que se traduz pela assertiva de que somente uma agressão ou um perigo relevantes a um bem jurídico podem justificar o capeamento deste por proteção penal. Prestigia-se, destarte, o chamado princípio da intervenção mínima ou do Direito Penal mínimo, em última instância uma cláusula garantista em prol da cidadania, já que visa conter os possíveis arreganhos do Estado quando este for portador de furor criminalizante desarrazoado, bem próprio dos regimes políticos de situação extrema: ou estão fortes demais, mercê da ausência de oposição combativa, ou estão tão fracos que pensam recobrar o mando através da demonstração de força e truculência legislativa penal.

Mas, conquanto seja prático afirmar-se que o Direito Penal só existe em razão da sua necessidade de tutelar bens jurídicos portadores de relevância penal (e por isto mesmo exigentes dessa tutela tão especial e extraordinária), não é tão simples assim a formulação de um conceito de bem jurídico penal. E neste particular tem razão a Teoria da Imputação Objetiva, que opta pela primazia da danosidade social como fulcro da caracterização penal da conduta.

Conquanto mereça a maior atenção a tese segundo a qual o bem jurídico penal depende de uma norma para estabelecê-lo como tal¹¹³, penso que o momento da

¹¹³ Cf. BRANDÃO, Cláudio, ob. cit., p. 112.

definição da relevância penal é preexistente ao da normatização, ou seja, ocorre no instante em que a sociedade prestigia – de forma negativa – a conduta que posteriormente vem a ser o gérmen do tipo penal.

Equaciona-se o estabelecimento de um bem jurídico penal a partir de várias vertentes: o fato social, o reclamo da sociedade, a providência do Estado (criminalização da conduta) e a permanência desse conjunto no Direito Penal, ainda que enfrente conflituosidade pontual com excludentes de ilicitude.

4.3.3. Observações acerca do chamando constitucionalismo penal.

É de ser vista com preocupação o crescimento do chamado constitucionalismo penal, na parte em que alguns profligadores dessa doutrina almejam transferir, com exclusividade, para o campo do Direito Constitucional, o mister de ditar regras para a criminalização de condutas (é dizer, de estabelecer quais bens jurídicos detêm dignidade penal). Com efeito, consoante dito acima, não é a lei sozinha que cria o bem jurídico penal, tampouco a Constituição (vista esta como estruturadora do Estado e como carta de garantias e não somente como um diploma superior). O fato social e o entorno de prestígio que a sociedade dispensa a este são, em verdade, a gênese do bem jurídico penal. Se prevalecer essa exigência exacerbada de contornos constitucionais para a escolha dos bens jurídicos penais, apresenta-se o risco de imobilização legislativa infraconstitucional, com sérios prejuízos para a feição de prevenção geral do Direito Penal. Sobre o tema, afirma Janaina Conceição Paschoal¹¹⁴:

O que se está a aduzir é que esse mínimo não resulta apenas do fato de a Constituição reconhecer o bem jurídico vida como sendo caro à sociedade, mas, sim, da constatação de que tutela de tal natureza é considerada concretamente necessária para aquele bem.

¹¹⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 148.

Desse modo, na eventualidade de tornar-se desprotegienda essa forma de proteção para um bem jurídico julgado digno pela Constituição, poder-se-á recorrer a outro modo de tutela, ainda que a Constituição determine, expressamente, que o bem será protegido pelo Direito Penal. Daí resulta, por exemplo, que o legislador pátrio não estava obrigado a criar a lei dos crimes hediondos, que, tendo-o feito, não está impossibilitado de revogá-la, caso entenda sua manutenção incompatível com as necessidades concretas desta sociedade.

Tudo que logo acima é afirmado tem íntima ligação com a tentativa de esclarecer, finalmente, qual o papel do Direito Constitucional (e mais, da própria Constituição), no processo de criminalização de condutas e da efetividade do Direito Penal na prestação da tutela a bens jurídicos relevantes. Será mister da Carta Magna delimitar, com instrumentos valorativos, o rol dos bens que merecem proteção penal? Ou será dever da ordem constitucional impor barreiras à criminalização desmedida e ineficaz de condutas voltadas a bens jurídicos que podem perfeitamente obter proteção em outras áreas que não a penal?

Há que ser salientado, mais uma vez, que dentre as funções básicas, legítimas e esperadas da Constituição não está a de impor, como regra, a criminalização de condutas. Cabe aqui a lembrança do estudo feito por José Joaquim Gomes Canotilho¹¹⁵ acerca das funções da Constituição, listando as seguintes: a) constituir normativo da organização estadual; b) racionalizar e limitar os poderes públicos; c) fundamentar a ordem jurídica da comunidade; c) configurar um programa de ação. Não existe, portanto, no referido rol, a função de criminalizar condutas ou de impor, como regra, ao infraconstitucional, o dever de construir esse ou aquele tipo penal.

Reitera-se a posição já delineada supra, segundo a qual existe, por assim dizer, um “Direito Penal mínimo” em relação à Constituição, recusando a tutela penal a bens constitucionalmente relevantes, mas nem por isso mesmo carentes de proteção penal¹¹⁶.

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. pp.73 e 74.

¹¹⁶ Poder-se-ia objetar, contra a posição aqui assumida, que todos os bens jurídicos tratados na Constituição, mercê da importância que se lhes atribui (tanto que foram objeto de preocupação do Constituinte e por isso mesmo inscritos na Carta Magna) são também alvo de proteção penal. Assim, a vida e a propriedade, protegidos no art. 5º, *caput*, da CF, são também protegidos através da criminalização do homicídio e do roubo (Código

Entretanto, isto não significa um desprestígio do Direito Penal em relação à Constituição, situação impensável em um sistema de organização estatal e social que se pauta pelas regras do Estado Democrático de Direito, obediente à compatibilidade hierárquica das normas (e porque não dizer, dos princípios também). Com efeito, os dispositivos constitucionais são de inegável relevância para todos os ramos do Direito, inclusive, é óbvio, para o Direito Penal, que se constrói e atua com limites estabelecidos pelas cláusulas de garantia e cidadania que vêm da fonte constitucional.

Tem-se, pois, o Direito Constitucional exercendo uma função limitadora, balizando o atuar do legislador infraconstitucional penal, a partir dos princípios estabelecidos no texto magno. Não é, portanto, a Constituição, um repositório ou uma nascente de bens jurídicos criados sob a batuta da axiologia para ocupar o espaço penal. Tem ela, sim, um importante papel na limitação da perspectiva social do bem jurídico, demarcando as sendas pelas quais deve trilhar o legislador infraconstitucional, no mister de tipificar condutas.

Evandro Pelarim¹¹⁷ assegura que o bem jurídico tem a sua noção conceitual permanentemente volatilizada, circunstância que tem levado os ocupados no estudo dessa área à busca de um instrumento externo ao Direito Penal que, legitimamente, “permita aproximar a referida noção da realidade social e imponha, vinculativamente, limites ao poder criminalizador.”. E conclui que através dessa doutrina,

... aponta-se a Constituição como a ferramenta procurada, já que ela é aglutinativa dos interesses sociais mais consensuais, das decisões políticas menos conflituosas e a única com legitimação, dentro do Estado Democrático de Direito, para impor limites ao direito penal, nomeadamente pelo aspecto material.¹¹⁸

Mas – cabível é a pergunta – quais os limites impostos pelo constituinte nacional ao legislador penal? Vários. A maioria está listada no artigo 5º da Magna Carta,

Penal, arts. 121 e 127). Mas se isso é majoritário não é integral. Outros bens jurídicos têm dignidade constitucional mas não a têm no campo penal. Por exemplo, o direito à licença-paternidade (o bem jurídico é a assistência ao recém-nascido, pelo pai trabalhador), demarcado no art. 7º, XIX, da Lei Maior, não tem consectário direto na seara dos crimes.

¹¹⁷ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCrim, 2002. p. 19.

¹¹⁸ Ob. e p. cit.

todos ocupantes do posto dos princípios garantidores da cidadania e alicerçadores do próprio Direito Penal, como adiante é visto.

Assim, podem ser destacados o princípio da legalidade (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” - inc. XXXIX); o princípio da irretroatividade da lei penal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” - inc. XL); o princípio da responsabilidade pessoal (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” - inc. XLV); o princípio da presunção da inocência (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” - inc. LVII); o princípio da individualização da pena (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” - inc. XLVI).

A importância desses princípios é destacada por Luis Luisi¹¹⁹, assim:

Ao incorporar os princípios do Estado liberal e do Estado social, ao conciliá-los, as Constituições modernas renovam de um lado, as garantias individuais, mas introduzem uma série de normas destinadas a tornar concretas, ou seja, ‘reais’, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, tutelando valores de interesse geral como os pertinentes ao trabalho, a saúde, a assistência social, a atividade econômica, o meio ambiente, a educação, a cultura, etc...

Assim, mesmo que se dê a merecida saliência a esse lado demarcador da Constituição, não há quadra para que se castre o poder que tem o legislador infranconstitucional de eleger, discricionariamente, quais os bens jurídicos que merecem a tutela penal, isto independentemente da sua relevância constitucional. Mas terá que agir, o legislador ordinário, em respeito às garantias principiológicas trazidas no texto constitucional em prol dos cidadãos.

Em termos materiais, o que é vedado ao legislador infraconstitucional é oferecer tutela penal a bens incompatíveis com a Constituição, tais como aqueles eivados de

¹¹⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 9.

racismo ou discriminação indébita. Nessa linha, não pode o legislador ordinário, por exemplo, sob a bandeira do desenvolvimento ou da geração de emprego e renda, tipificar como crime de abuso de poder a interdição, por razões ambientais, de obra ou instalação que tenha sido administrativamente licenciada.

Mas, e quando presentes, expressamente, no texto constitucional, certas obrigações de criminalização? É dizer: quando o constituinte expressamente cometeu ao legislador ordinário a tarefa de construir, no mundo formal, determinados tipos penais, visando dar maior proteção a bens jurídicos para tanto eleitos? Como resposta, tem-se, em primeiro lugar, a constatação de que esses comandos são excepcionais e pontuais; não podem configurar regra, expressa ou tacitamente, em relação a todos os bens jurídicos previstos na Constituição – e somente por isso mesmo – sendo alçados, também, ao patamar de bem jurídico penal, independentemente da sua ocupação na escala de recusa social e de perigosidade (ou danosidade). Assim, nessa linha de excepcionalidade, tem-se, na espécie, momentos em que o constituinte avocou para si a tarefa de valorar os bens juridicamente relevantes para o merecimento de uma tutela penal. Mesmo assim, não se desincumbiu sozinho da tarefa incriminadora, cometendo ao legislador infra a missão de construir o tipo, a partir de um comando axiológico constitucional, escorado na teoria do delito e com olhos nos princípios garantistas já exemplificados (legalidade, anterioridade, pessoalidade e irretroatividade da lei penal) e noutros princípios implícitos, igualmente garantistas, como o da razoabilidade.

Tem-se, pois, que a Constituição, ademais de traçar limites ao legislador infraconstitucional para quando esse for escolher os bens jurídicos merecedores da tutela penal, respeitando os princípios garantistas repetidamente comentados neste estudo, impõe também ao legislador penal a obrigação de criminalizar o ataque (ou pelo menos a ameaça de) dirigido a bens jurídicos selecionados, da mesma forma que comanda a exclusão de certos

benefícios normalmente previstos para os criminosos, além de ocupar-se da definição da espécie de pena que será aplicada.

Especificamente no que diz respeito à exclusão de benefícios, temos, logo no artigo 5º da Carta Política do Brasil, os seguintes casos: “XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e Estado Democrático;”.

Vê-se, portanto, que o constituinte trabalhou, no próprio texto da Carta, com institutos penais severos (a negação de fiança, prescrição, graça e indulto, bem como a previsão da pena de reclusão), avocando a si a tarefa de “espantar”, através do rigor, as investidas contra certos bens jurídicos que elegeu como primaciais e carentes de uma tutela penal imediata e rígida (em oposição ao relativo plasticismo da legislação infraconstitucional). Mas, será que nesse particular o constituinte enfrentou o provérbio luso, que diz não dever “o sapateiro ir além dos seus chinelos”? Ou seja, será que o constituinte invadiu a esfera reservada exclusivamente ao legislador infra? Parece que não houve exagero por parte do constituinte. Com efeito, ao afirmar um rol restritivo de benefícios para os cometedores de crimes chamados de hediondos ou assemelhados, pode até ter atentado contra outros comandos políticos do poder estatal que representava à época da edição da Carta, a exemplo da razoabilidade já acima referida. Mas não extrapolou a sua autoridade formal e a sua legitimidade para demarcar tratamento mais severo para crimes etiquetados como hediondos. Não constituiu tipo e sequer ofereceu maiores elementos para que o legislador ordinário assim procedesse. Somente impôs um dever para que a instância legislativa inferior

regulamentasse como deveriam ser operacionalizadas as restrições de regalias aos praticantes de crimes havidos, naquele contexto social de 1988 a 1990, como medonhos.

Inspirado no receio de que referidos bens jurídicos não fossem suficientemente acobertados na instância inferior legiferante, que pela própria mobilidade do recrutamento dos seus membros é mais permeável a influências nem sempre benfazejas (tais como interesses escusos de grupos econômicos e/ou criminosos), houve por bem o constituinte de 1988 avocar para si a instalação de balizas e o trato a institutos jurídicos que dificilmente seriam acatados em um congresso ordinário, a exemplo da responsabilidade penal da pessoa jurídica, hoje posta no artigo 225, § 3º, do texto constitucional¹²⁰. Essa preocupação (a vulnerabilidade à qual estariam expostos bens jurídicos deveras frágeis, como o meio ambiente, se tratados, em nível de proteção penal, apenas pelo legislador ordinário) foi e continua sendo objeto de muitos estudos por parte de quem se ocupa de levantar os contornos da Assembléia Nacional Constituinte, eleita em 1986 e responsável pela Carta Política promulgada em 03 de outubro de 1988¹²¹.

Se, respeitada a competência original para que o legislador ordinário edite as normas penais que entender necessárias e suficientes para acobertar os bens jurídicos carentes dessa tutela, a partir da relevância que ostentem (a chamada dignidade penal), não poderia o constituinte agir de maneira diversa ao selecionar bens jurídicos para indicá-los ao legislador

¹²⁰ “Art. 225. - § 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

¹²¹ É o caso de Maria de Fátima Alves São Pedro, que assim se expressa: “Esses cuidados do legislador encontram justificativa em nosso passado. Note-se que, no Brasil, o desenvolvimento econômico ocorreu de forma degradante e poluidora, voltado para a exploração de produtos primários, extraídos sem qualquer preocupação com a sustentabilidade dos recursos. Mesmo após o início da industrialização, continuou o descaso quanto à preservação dos recursos ambientais. (...) Nessa linha de raciocínio, é evidente que o legislador constituinte pretendeu corrigir uma distorção histórica. Antunes (2002 p.15) contribui para a reflexão sobre o assunto, ao alertar para a necessidade de interpretar as mencionadas normas constitucionais “*como o estabelecimento de um sistema econômico constitucional que, reconhecendo a prevalência dos mecanismos da economia de mercado, entende que estes não podem ser absolutos e soberanos*”. A inclusão do “*respeito ao meio ambiente*”, nos capítulos referidos da Lei Maior, como um dos princípios da atividade econômica e financeira, firma a concepção de que a livre iniciativa somente pode ser praticada, quando observados determinados parâmetros”. (“Meio ambiente: respaldo constitucional”. <http://www.estacio.br/campus/centro2/publicacoes/MEIO%20AMBIENTE.pdf>. Disponível na Internet: [12.02.2006].

infraconstitucional para o recebimento da tutela penal, ou seja, sem tomar em conta a relevância dos bens escolhidos, e aí com redobrado rigor, posto que transitando no terreno da excepcionalidade (visto que não é dever original da Constituição tratar desses temas, o fazendo somente em situações isoladas, como os casos aqui comentados).

Mas, mesmo que tendo laborado com prudência na eleição dos bens jurídicos indicados à tutela penal, qual a força que essa designação tem, perante o patamar legislativo inferior? A ausência de edição de lei ordinária criminalizadora, implicaria, de plano, em inconstitucionalidade por omissão? Respondendo, de forma inversa, logo à última indagação, é mais factível que a omissão legislativa não tenha essa força toda (a de configurar inconstitucionalidade por omissão). Com efeito, nem toda ausência de normatização, na instância legislativa inferior merece, por si mesma, a eiva de inconstitucionalidade. É preciso que realmente seja abalada a estrutura constitucional, conforme sugere Luiz Alberto Gurgel de Faria¹²²: “Com efeito, o vício se caracteriza quando não se faz ‘aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado’, ou seja, quando se está diante de uma norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida.”. Esta posição tem apoio, inclusive, na doutrina de J.J. GOMES CANOTILHO¹²³, que afirma:

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’, a um simples ‘conceito de negação’. Omissão, sem sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autónomo e relevante, deve conexas-se com uma exigência constitucional de acção, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

Assim, indicativos genéricos e lacunosos a propósito de certos bens jurídicos, feitos no texto da Constituição, não são motivos suficientes para a arguição de inconstitucionalidade por omissão caso o legislador infraconstitucional tenha entendido por não produzir norma penal protetiva desses referidos bens.

¹²² FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001. p.31.

¹²³ Ob. op. cit., p. 1.089.

A propósito do assunto, merece registro, também, a opinião de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti¹²⁴, distinguindo a omissão relativa e a omissão absoluta:

Tal distinção tem sido adequadamente compreendida pela melhor doutrina européia ocidental, sobretudo a alemã, possibilitando-se o suprimento da inconstitucionalidade relativa pelo Judiciário, mesmo frente a ordenamentos em relação aos quais não há previsão de mecanismo específico de controle de constitucionalidade por omissão. Tal fato decorre do fundamento diverso do controle nas duas hipóteses. Na de omissão absoluta o comando dirige-se ao *non facere* daquele responsável pela normatização, por exemplo, o legislador. No segundo caso, há um *facere* normativo que não é pelo direito que assegurou, pela disciplina que estabeleceu, inconstitucional. A inconstitucionalidade nesse caso decorre do fato de a normatização não ter observado um comando constitucional de isonomia.

Aproveitando a âncora temática, deve ser lembrado que Edilson Pereira Nobre Júnior¹²⁵, ocupado com a desconstrução do mito do juiz operante como legislador negativo face à omissão legal relativa, diz que há distância abissal entre a atividade legislativa e a prolação de sentença aditiva derivada da exegese em harmonia com a Constituição, pois, “ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discricção àquele peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa”. Bem traçadas, neste particular, os lindes da atuação do julgador ao enfrentar lacunas legislativas como as agora postas em análise, que não pode laborar em desatenção ao princípio da legalidade penal estrita, assunto que voltará a ser abordado em parte posterior deste estudo.

Voltando à primeira indagação supra, é de ser conferido qual o poder que tem o indicativo constitucional, a propósito da excelência de certos bens jurídicos. Mirando o

¹²⁴ CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O Supremo Tribunal Federal e a inconstitucionalidade por omissão parcial. *Revista da Escola Superior de Magistratura da 5ª. Região*, Recife, n.2, p. 21, 2001.

¹²⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 170, p. 130, abr-jun 2006.

tema, Gianpaolo Poggio Smanio¹²⁶ diz que a força vinculante das tais obrigações constitucionais de incriminação pode ser encarada sob três aspectos: a existência anterior de legislação penal incriminadora, que será recepcionada pela Constituição; a inexistência de legislação tutelando o bem mencionado no texto constitucional, por omissão do legislador ordinário em cumprir a recomendação superior; e a inexistência, anterior à edição da Carta Política, de legislação infranconstitucional pertinente ao tema. Como solução para a equação, sugere, para a primeira hipótese, que “as normas constitucionais terão eficácia imediata naquilo que modificarem a legislação anterior, e a força vinculante impedirá eventual tentativa de descriminalização das condutas tratando-se de norma inconstitucional qualquer uma que não esteja de acordo com o mandamento constitucional de criminalização”. Para a segunda hipótese, sugere o manejo da ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) e para a terceira hipótese, quando o legislador ordinário cumpriu o mandamento constitucional, tem-se a eficácia plena da norma superior, “novamente vinculando as futuras legislações, impedindo eventual tentativa de descriminalização e, caso exista lei nesse sentido, será considerada inconstitucional, por ser incompatível com a obrigação constitucional de incriminação.”.

Por final, é de ser lembrada, como espeque para as soluções aqui aventadas, a ponderada e concisa lição de Luis Roberto Barroso¹²⁷, afirmando que a disciplina jurídica traçada pela Constituição para determinada infração ou para a pena aplicável “não deve ir *além* e nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição.”

¹²⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível na Internet: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. [13.03.2006].

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Direito Federal – Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília, ano 23, n.82, p. 109-159, 4º trimestre. 2005.

4.3.4. A propósito do bem jurídico penal difuso.

De forma clássica, o bem jurídico penal sempre foi tido como primordialmente titularizado por uma pessoa (sujeito passivo direto) ou por uma coletividade de pessoas (a sociedade – sujeito passivo indireto). Assim, na ocorrência de um homicídio, a pessoa que suportava a ação desferida pelo sujeito ativo, advindo o seu falecimento, é o sujeito passivo direto da conduta criminosa, enquanto a sociedade em geral, ceifada que foi, *ex abrupto*, pela morte de um dos seus integrantes, figura como sujeito passivo indireto da ação delituosa. Entretanto, a evolução acerca do conceito da titularidade dos bens jurídicos reclamou também um crescimento do Direito Penal no que diz respeito à titularidade dos bens jurídicos cuja fruição não é de apenas uma pessoa ou de um número restrito de elementos, mas nem por isso deixa de ser titularizada, logo em primeiro plano, pela sociedade. Assim, nos interesses difusos, ou melhor, nos casos em que envolvidos estão bens jurídicos difusos, em sede criminal a sociedade figura como sujeito passivo imediato (e não apenas reflexo ou mediato ou indireto).

Mas, o que é bem jurídico ou interesse difuso?¹²⁸ Há definição legal para interesse difuso. Está no Código de Defesa do Consumidor, como norma técnica, que são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (Lei 8.078, de 11 de outubro de 1990, art. 81, inciso I).

Os interesses difusos fazem parte do rol dos interesses meta-individuais que ganharam corpo no final do Século Vinte, nestes incluídos também os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos. Óbvio que cada um comporta uma definição técnica.

¹²⁸ Em respeito aos lindes deste ensaio, não será aberta, aqui, discussão sobre a propriedade ou a impropriedade de tratar-se interesse difuso como equivalente de direito difuso, exsurgindo o equivalente para bem jurídico. É de ser lembrada a lição de Kazuo Watanabe, afirmando ser exato dizer que interesses tuteláveis judicialmente são direitos, pois “a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os *interesses* assumem o mesmo status de *direitos*, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”. (WATANABE, Kazuo. Arts. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 623).

Não fosse assim, não estariam tratados estanquemente em incisos autônomos do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor já acima reportado. Tanto que para Kazuo Watanabe¹²⁹, o traço diferencial entre os direitos coletivos e os direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, “seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)”.

Já os interesses individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é o fato lesivo. Tanto que parte da doutrina sustenta que os direitos individuais homogêneos não são propriamente direitos coletivos, mas sim direitos individuais tratados coletivamente, conforme lição de Teori Albino Zavaski¹³⁰.

Traçadas essas aligeiradas considerações, centra-se a análise, agora, nos interesses difusos, alvo das preocupações do ensaio, na presente quadra. Quais as características desses direitos? Em primeiro ponto, temos que os interesses difusos são marcados pela pluralidade de titulares, de modo a não permitir a identificação individuada desses titulares. Essa inviabilidade da identificação decorre da ausência de vinculação jurídica entre os indivíduos.

A segunda das características dos interesses difusos reside na indivisibilidade do bem jurídico difuso, já que este “pertence a todos e a ninguém”, conforme dicção de Mauro Capelletti¹³¹.

¹²⁹ Ob. e p. op. cit.

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, jun. 1995.

¹³¹ CAPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, pp. 131-136, jan/mar 1977.

Outra característica do bem jurídico difuso é a inexistência de vínculo associativo que interligue os seus titulares. Assim, a união desses interessados independe da preexistência de qualquer concerto associativo entre eles.

Também constitui característica do interesse difuso a existência de vínculo fático unindo os interessados, apesar de não existir o liame jurídico formal entre estes, conforme acima pontuado.

Mais um atributo do bem jurídico difuso: o potencial de conflituosidade, mercê do alargado espectro da sua titularidade. Exemplo bastante significativo é o meio ambiente (ou a qualidade deste), que não raro contrapõe interesses defendidos por ambientalistas ou outros substitutos legítimos (como é o caso do Ministério Público) a interesses resistidos por empresários ou industriais.

Finalmente, configura também característica do bem jurídico difuso a ocorrência de lesões trans-pessoais. Ou seja, real ou potencialmente as lesões dirigidas a esses bens jurídicos são suportadas por um número indefinidos de pessoas.

Tecidas estas considerações, há base para a afirmação de que, ao lado dos bens jurídicos clássicos (individuais ou coletivos), existe uma realidade fática e jurídica que permite a configuração de bens jurídicos difusos, merecedores da atenção penal. Essa realidade se torna evidente no campo ambiental, mercê das peculiaridades e da delicadeza do seu objeto jurídico e do seu objeto material. Oportuna é a observação de Luiz Regis Prado¹³²:

O ambiente não se confunde com os demais bens tradicionalmente protegidos pelo Direito Penal (v.g., saúde pública, integridade corporal, propriedade), já que possui substantividade própria, - é vital em si mesmo -, como bem jurídico autônomo, pois além do assentir constitucional, sua conservação e manutenção é essencial ao homem e ao provimento das suas necessidades existenciais. Daí, como bem jurídico-penal, - dotado de conteúdo material ímpar -, uma cuidadosa limitação de seu conceito se impõe, no sentido de se concretizar de modo nítido os objetos de tutela referidos nas hipóteses típicas. Tal exigência prende-se, para os fins do Direito Penal, à diretriz político-criminal conata ao Estado de Direito material de ser a pena um instrumento de caráter excepcional.

¹³² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. pp. 69-69.

Posto assim, pode ser até que um caso concreto exiba uma titularidade passiva ultra-pessoal em um bem jurídico merecedor de atenção penal, mas este, o bem, não seja, per se, havido como difuso. Por exemplo, o dano que se desfere contra um determinado imóvel, compossuído ou condominiado, pode definir um rol enorme de pessoas atingidas pela ação delinqüencial (infringência do art. 163 do Código Penal) e nem por isso constitui atentado a um bem jurídico penal difuso. Entretanto, quando a ação atentatória atinge um bem jurídico cuja titularidade não se define (diferentemente do exemplo acima traçado, onde o bem danificado pertencia a pessoas certas, “A”, “B”, “C” etc.), pertencendo de forma ideal a toda uma sociedade (ou quiçá à humanidade), carregando, ainda, na sua ontologia, uma visível carga de conflituosidade entre membros agrupados dessa fatia social, pode ser identificado, aí, um bem jurídico penal difuso. Exemplo bastante marcante é o meio ambiente: é de todos e não é de ninguém.

Estas assertivas não implicam em que todo bem jurídico difuso merece, de plano, a tutela penal. Conforme já dito neste ensaio, necessária é a dignidade penal do bem para que a ele seja dada essa proteção *ultima ratio*. Mesmo no mundo ambiental, certos bens são perfeitamente acobertáveis por outras providências estatais (fiscalização efetiva e licenciamento correto, v. g.), sem que seja necessária a criminalização das condutas contra eles voltadas.

A modernidade do assunto aqui levantado, em comparação à vetustez do Direito Penal clássico, enseja o surgimento de – pelo menos – duas visões doutrinárias a propósito das novas formas de criminalidade. Uma entende que não existe espaço e nem necessidade para essas novas acepções do Direito Penal, posto que a criminalidade pode ser encarada com os elementos tradicionais, colocados em patamar principiológico, a exemplo da legalidade, da causalidade, da culpabilidade e da lesividade. É o caso, por exemplo, da recusa

de um perfil autônomo até mesmo para os chamados crimes de informática ¹³³, bem como para o Direito Ambiental¹³⁴, havendo, em decorrência, dúvidas quanto à autonomia do emergente Direito Penal Ambiental¹³⁵. A outra corrente pugna pela aceitação da expansão do Direito Penal, mercê das novas formas de criminalidade, inevitáveis em uma sociedade de risco como a atual. Uma das características desse novo Direito Penal é exatamente o abundante aparecimento de bens jurídicos trans-individuais, que servem para, dentre outras coisas, adiantar e fortalecer a proteção dos bens jurídicos pessoais.

Outro fenômeno que explica o aparecimento de tantos bens trans-individuais no universo protegido pelo Direito Penal está vinculado ao crescente intervencionismo do Estado, este disposto a atender em um nível macro-social às novas demandas que lhe são apresentadas e que, em última razão, são condições para que muitos interesses individuais

¹³³ Exemplo disso é o que afirma Rita de Cássia Lopes da Silva: “Parte da doutrina tem apontado o Direito da Informática como um novo ramo do conhecimento jurídico. A doutrina menciona um Direito Civil da Informática e Direito Penal da Informática. Podemos observar que não há que se falar em um direito autônomo para a informática, é certo que trata-se de uma matéria que exige cuidado por causa de suas peculiaridades, mas não se pode reconhecer o nascimento de um novo ramo do direito. (...) Assim, quer nos parecer que deve-se negar o nascimento de um novo ramo autônomo do direito. O que deve ocorrer é uma adequação jurídica à realidade trazida pela informática. E aqui, quando se fala em adequação, leia-se: a utilização de normas já existentes, por coerentemente cuidarem de algumas condutas (como é o caso dos crimes contra a honra) e a criação de novos tipos penais quando houver o silêncio da lei e a necessidade de tutela de bem jurídico.”. (SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Breves considerações sobre a criminalidade informática e a legislação penal no Brasil*. Disponível na Internet: www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=34&article=11&mode=pdf [14.03.2006].

¹³⁴ Conferir FERRAZ, Sergio. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. São Paulo: Forense, 1975. pp. 23 e 44 e MUKAI, Toshio. Aspectos jurídicos da proteção ambiental no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 73, 1995. pp. 288- 295.

¹³⁵ Posição rebatida na nossa dissertação de Mestrado, que assim conclui: “2- O Direito Ambiental já se sustenta como ramo autônomo do Direito, por dispor de *objeto, método, legislação, bibliografia e princípios* próprios. O *objeto* é a regulação das relações entre pessoas (físicas ou jurídicas), que ao menos potencialmente podem afetar o equilíbrio ambiental através de condutas criminosas. O *método* se constitui na freqüente adoção de informações que são passadas a este ramo jurídico por outras ciências (qual a física, a biologia, a economia e a engenharia, dentre tantas). Assim, a admissão da sua própria insuficiência para esclarecer e dirimir questões penais de cunho ambiental, já é um caminho para a consecução dos seus fins. Os *princípios* que dão sustentação ao Direito Penal Ambiental não é uma mera repetição daqueles já conhecidos no âmbito do Direito Penal “puro” e no Direito Ambiental convencional, posto que são portadores de feição própria, já bem demonstrada quando da aplicação em casos concretos, como por exemplo acontece com o princípio da insignificância, que neste ramo não se rege apenas pelo aspecto da economicidade do bem atingido. Sobre a suficiência da bibliografia e da legislação próprias do ramo jurídico em análise, é bastante uma consulta às referências que foram feitas a ambas no transcurso deste ensaio. (...) 3- O Direito Penal Ambiental não é uma mera especialização do Direito Penal, tampouco configura um simples apêndice do Direito Ambiental, atuando na área dos delitos. É, sim, uma realidade no mundo do Direito, com todo os contornos de autonomia, máxime pelo enfeixe dos atributos listados no item 2, supra.”. (CARVALHO, Ivan Lira de. *Contribuição para a sistematização de um Direito Penal Ambiental*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. 1999. p.116.).

tenham efetividade, a exemplo da saúde, da liberdade, da educação, da sanidade ambiental etc.

Conforme já pontuado, a inovação trazida para o seio do Direito Penal, com esses chamados bens jurídicos trans-pessoais, findou por despertar preocupações acerca dos rumos dessa parte do Direito. Exemplo disso é o posicionamento de Claus Roxin¹³⁶, sustentando que a terceira fase da evolução do Direito Penal na Alemanha, iniciada em 1975, estava marcada pela expansão dos comportamentos puníveis, alcançando um espectro muito largo, no afã de proteger interesses individuais ou coletivos, especialmente criminalizando situações de perigo abstrato, que se posicionam em uma fase prévia à produção do dano.

Em mais de uma parte deste trabalho foi acentuada a necessidade de muita cautela na escolha dos bens jurídicos que devem merecer proteção penal, bem como na intensidade ou no momento em que essa proteção deve ser prestada. Criminalizar, em excesso, condutas de dano, expõe ao descrédito e vulgariza o Direito Penal. A propósito, Juan Bustos Ramirez¹³⁷ afirma ser necessário considerar uma hierarquização dos delitos, tendo em vista os bens jurídicos, não sobre a base de uma atomização da sociedade, mas sim de tudo que implica em um sistema. Em consequência desse raciocínio, existem bens jurídicos que têm referência com as bases de existência desse sistema, enquanto outros estão em conexão com o funcionamento do sistema. Assim, os primeiros são os que tradicionalmente são chamados de bens jurídicos individuais, como é o caso da vida humana, da saúde individual, da liberdade, etc. Já os segundos são aqueles que incidem sobre relações macro-sociais. Já dentro do funcionamento do sistema é necessário fazer a distinção, por sua vez, em três diferentes níveis, a saber: no primeiro estão os chamados bens jurídicos coletivos, que estão presentes de forma constante no cotidiano de todos os sujeitos que integram um grupo, como

¹³⁶ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal e el Proceso Penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizando. Valencia: Editorial Tirant lo Blanche, 2000. p. 27.

¹³⁷ RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Barcelona: Ariel, 1986. p. 6.

é o caso do meio ambiente, da livre iniciativa, da política de arrecadação e investimentos do Estado e dos delitos contra a ordem econômica, sendo que qualquer atentado a estes bens repercutem na integridade física, na liberdade e até na própria vida das pessoas; no segundo nível estão os chamados bens jurídicos institucionais, como a fé pública, a administração da justiça e as garantias constitucionais; no terceiro nível estão os bens jurídicos de controle, como a segurança interna e externa do Estado.

Sem dúvida, a que acima foi reproduzida é uma boa receita para moderação e eficiência da tutela penal, inclusive aos bens ambientais.

Outro aspecto merecedor de reflexão, no que diz respeito à proteção penal do meio ambiente, nos tempos atuais, é a ocorrência dos chamados “delitos de acumulação”, tema trabalhado com proficiência por Jesús-Maria Silva Sanchés¹³⁸, entendendo que o perigo, tanto abstrato como concreto, criado pelo sujeito, já não é um perigo parcial, em muitos casos inócuo em relação aos objetivos jurídicos protegidos, mas sim uma verdadeira lesividade para os mesmos, incidente através da adição de certos perigos considerados globais, chamados de dano acumulativo ou de efeito somativo, que não podem ser encarados como problemas individuais, mas somente como problemas sistêmicos. Ou seja, não há uma lesão ou perigo para o bem jurídico atribuível pessoalmente à conduta do sujeito concreto.

Mister também que não se encare esses “novos” bens jurídicos (tais como o meio ambiente...), como uma mera artificialidade ou acessório que incide sobre os bens jurídicos já classicamente considerados, como a vida humana ou o patrimônio. Se assim ocorresse, significaria o reconhecimento de que a orientação política do Estado estaria desenhada para um contexto exclusiva ou nitidamente individualista, submetida a uma concepção personalista do bem jurídico, inadmitindo, portanto, a tutela aos bens coletivos. Assim, tem-se que os bens jurídicos trans-individuais não constituem uma categoria

¹³⁸ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal – Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora RT, 2002.

simplesmente adornadora dos bens jurídicos tradicionais; esses, os bens jurídicos supra-individuais, existem em função de todos os membros da coletividade, sendo, por isto mesmo, complementares dos bens jurídicos individuais, mas nunca meros acessórios destes.

De lembrar-se, igualmente, que os bens coletivos são autônomos, cabendo, caso a caso, a definição de qual o conteúdo material destes. Mas essa autonomia não implica em um distanciamento compulsório entre os bens individuais e os bens coletivos, guardada a independência sistemática de cada uma dessas categorias. Nada obstante, essa bipartição não implica na defesa de uma injustificada expansão do Direito Penal, o que iria contra o princípio da mínima intervenção e ao ideário da despenalização racional tão úteis à eficiência da proteção penal do meio ambiente. Cuida-se, é verdade, de uma nova organização acerca do espectro protetivo do Direito Penal sobre bens de interesse esparso, é dizer, bens vinculados a interesses difusos.

Não é desconhecido, conforme já alinhado, que a constatação científica de interesses transindividuais no universo penal tem despertado inúmeros questionamentos, inclusive com a objeção de que esse novo olhar vulnera o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, pois o nível de concretização desses referidos bens se abala ou se dilui, comprometendo a correta tipificação das condutas, que redundam na construção de delitos com vítima difusa ou delitos sem vítima, que melhor expressam “objetivos de organização política, econômica e social”, consoante reporta Jesús-Maria Silva Sánchez¹³⁹. Considere-se, nesse passo de reflexão, que em muitas situações, a exemplo daquelas que dizem respeito ao meio ambiente, os danos produzidos contra os bens meta-individuais são heterogêneos, dependem de várias contingências e se apresentam com razoável variação de tempo e de lugar. Exemplifique-se, também, com os chamados delitos econômicos, que vulneram bens jurídicos de moderno matiz e que também redundam nessa indeterminação, já que a

¹³⁹ Ob. cit., p. 291.

intangibilidade dos mesmos não é material, mas sim formal ou jurídica. Assim, a rebeldia clássica contra essa nova mirada do Direito Penal sobre interesses difusos parece enfraquecer-se diante da expansão dos sistemas que adotam esse novo espectro jurídico, a exemplo do Brasil.

Outrossim, deve-se ter em conta que a distinção entre bens jurídicos individuais e coletivos (*lato sensu*) tem importantes incidências em determinadas categorias dogmáticas.

Por isto mesmo, no manejo do instituto da legítima defesa, resulta determinante, por exemplo, se é possível aceitá-la por parte do imediatamente ofendido, mesmo que esse seja também titular de um bem individual atingido pela ação danosa. Outro efeito questionável pode surgir em sede de um possível consentimento para a lesão do bem protegido, inicialmente impensável no trato de bens coletivos (ex: parte considerável de uma comunidade que se mobiliza e consegue a instalação de uma fábrica potencialmente poluente, ao arremetimento de um estudo prévio de impacto ambiental, tudo em nome da criação de empregos e renda para o lugar).

5. PRINCIPIOLOGIA DE UM DIREITO PENAL AMBIENTAL.

5.1. Sobre os princípios do Direito e sobre a importância destes no Direito Penal Ambiental.

Nenhum ramo do Direito pode ser afirmado consistente se não for resguardado por uma sólida coleção de princípios. Isto ocorre especialmente em função do prestígio que os princípios desfrutam atualmente como instrumento essencial à construção do Direito, em uma escala crescente de importância através dos anos. Destarte, de meras fontes supletivas da aplicação do Direito, vistas como carentes de força normativa em decorrência da sua generalidade, os princípios jurídicos galgaram uma posição de nível superior às demais normas jurídicas, com habilidade para impor os seus conteúdos à realidade jurídica onde estejam inseridos. É assim que acontece no sistema jurídico brasileiro, conforme soa da Carta Política de 1988, no seu art. 5º, § 2º, *verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Os princípios jurídicos não portam uma tranqüila definição doutrinária, assim como controvertida ainda é a sua área de atuação. Base ou suplemento do Direito? Existem respostas em ambos os sentidos, a depender da linha adotada pelo estudioso, se mais próxima ou mais distanciada do jusnaturalismo, por exemplo. Assim, na busca de delinear um conceito de princípio, tem-se a afirmação de Miguel Reale¹⁴⁰, para quem os princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”, configurando as “‘verdades fundantes’ de um

¹⁴⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 2ª edição. São Paulo, Bushatsky. 1974. p. 337.

sistema de conhecimento, como tal admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis”.

De modo mais clássico e tradicional, os princípios constituíram (e de certa forma ainda constituem) objeto de preocupação da Teoria Geral do Direito, especialmente em razão da grande importância que desfrutam no mister de aplicação da norma, atuando como instrumento de interpretação e de integração desta. Assim, nessa visão de origem jusnaturalista, os princípios atuam como proposições supremas, universais e necessárias, advindos da própria razão humana e desprovidos de coerção. Já numa perspectiva positivista, os princípios são elementos de alicerce de todo o sistema jurídico, tendo o condão de orientar e de limitar a aplicação deste.

De uma ou de outra forma de enfrentamento dos princípios, o certo é que deles deve ser extraída a maior utilidade possível, de modo a contribuir para a efetividade de um sistema jurídico. Especialmente no campo penal-ambiental, máxime em razão dos bens jurídicos envolvidos - de teor relevantíssimo, a exemplo do meio ambiente, das garantias individuais e dos direitos humanos - é imprescindível ao operador do Direito saber identificá-los, visando um eficiente manejo. A propósito, tem-se que os princípios podem ser explícitos ou implícitos, dependendo da sua previsão ou não nos textos positivados, devendo ser observados, sempre, no contexto onde estão localizados.

Sem pretender travar enfrentamento com a corrente mais inclinada ao jusnaturalismo já acima mencionada, parece deter maior utilidade a visão que aproxima os princípios do Direito posto, deles extraindo toda a sua força orientadora e integrativa do sistema que compõe e ao qual serve. No campo da integração das lacunas legais é onde o princípio demonstra a sua maior credibilidade, principalmente em razão de as relações sociais avançarem sobre áreas onde antigamente não existiam conflitos (a ambiental, por exemplo) e

a produção legislativa nem sempre ser ágil para tutelar e regular esses enfrentamentos. Assim, é inescandível que a cada dia os princípios adquirem com mais vigor uma feição de normatividade, até mesmo em razão da consolidação da assertiva de que a norma nada mais é do que um somatório das regras aos princípios. No entender de Jorge Miranda¹⁴¹ os princípios não se postam além ou acima do Direito, mas "fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições."

Válida também, nessa linha, a lição de Néstor Antonio Cafferatta¹⁴², para quem os princípios, como o próprio nome indica, se opõem a algo acabado, terminado, consistindo em idéias germinais; são normas *prima facie*, sem terminação e por isso mesmo flexíveis, suscetíveis de conclusão. E adianta o professor platino que os princípios são idéias diretivas, que servem de justificação racional de todo o ordenamento jurídico. São, pois, pautas gerais de valoração jurídica e linhas fundamentais e informadoras da organização.

Para que se aquilate a importância dos princípios na construção do próprio sistema constitucional - daí defluir a sua inegável imprescindibilidade à consolidação de sub-sistemas, como o penal-ambiental - veja-se a opinião de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁴³:

Esta perspectiva teórico-jurídica do «sistema constitucional», tendencialmente «princialista», é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. *infra*, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema. A respiração obtém-se através da «textura aberta» dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e disporem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na referência sociológica dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. t.1, 4: ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p.198.

¹⁴² CAFFERATTA, Néstor Antonio. *Introducción al derecho ambiental*. Buenos Aires/Ciudad de México: Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Narales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE) e Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). p. 30.

¹⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª. edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 170.

Outro ponto que distancia o conceito de princípios formulado nos sítios do jusnaturalismo da moderna visão que vem a ligá-los ao juspositivismo, digamos, moderado, é a sua força coercitiva. Será a coerção atributo exclusivo do direito positivo? Ou residirá, também, no mundo principiológico? A resposta positiva à segunda indagação já serve de negativa à primeira. Com efeito, cresce a cada dia no seio da jurisprudência as manifestações que entendem pela coercibilidade dos princípios, dêis que estes vinculam todo o sistema jurídico ou, em menor grau, o subsistema posto em análise. E não se diga que a jurisprudência cresce solteira nesse sentido, pois vozes autorizadas da doutrina não se alevantam para contestá-la. Pelo inverso, não são poucas as demonstrações de concordância com essa característica dos princípios jurídicos, a exemplo da que foi externada por Norberto Bobbio¹⁴⁴, ao vê-los como normas fundamentais e gerais do sistema, enfatizando que são eles normas como todas as outras, pois,

se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê porque não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?.

Não pode ser ocultado, entretanto, que os princípios podem entrar em aparente conflito, quando convocados à atuação no mundo dos fatos. Necessária, pois, a sensibilidade do operador do Direito, ciente de que nem sempre esse aparente embate implica na desconsideração de um deles, diferentemente do que acontece quando conflito existe entre regras, onde sempre haverá o afastamento de uma delas. Assim, a validade de um princípio não implica obrigatoriamente na recusa do outro, sendo perfeitamente factível a coexistência dos dois, aplicando-se um preferencialmente e outro de maneira acessória, por exemplo.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1994.pp. 158-159.

Destarte, quando o manejador dos princípios fizer opção por quaisquer destes, em detrimento de outros, deverá considerar quais valores sociais cuja tutela é buscada, selecionando, daí, os mais adequados para esse mister. Registre-se que não há uma liberdade absoluta no uso dos princípios, sendo imperioso um sopesamento fundamentado das razões pelas quais ocorreu a escolha desses ou daqueles princípios.

A propósito de como se portam os princípios em relação ao sistema normativo, preleciona Nabig Slaibi Filho¹⁴⁵ que destes decorrem as regras, sendo estas dotadas de menor generalidade e fundamentadas em validade, enquanto os princípios se esteiam em valores, razão pela qual um eventual conflito destes últimos deve ser solvido no plano da axiologia, enquanto um confronto de regras deve ser resolvido pelo critério de validade jurídica ou de aptidão para produzir os efeitos desejados. E conclui Slaibi Filho: “Não ocorre, no entanto, conflito entre princípio e regra ou preceito, porque aquele inspira esta, que dele decorre. Se aparentemente contraditório o preceito em face do princípio, há que se buscar a interpretação que permita a prevalência do valor que ensejou o princípio.”.

Nesta linha, é certo afirmar-se que os princípios são sempre relativos entre si, não havendo uma graciosa preponderância de uns sobre os outros. É somente na concretude dos fatos que um princípio pode sobrepujar outro, tomando-se em consideração, sempre, a advertência de Margarida de Oliveira Cantarelli¹⁴⁶ no sentido de que “os atentados aos princípios fundadores não podem ser negligenciados, subestimados, nem simplesmente interpretados através do recurso às teorias da regulação sistêmica ou às da adaptação incremental.”. E nada impede, ademais, que dois ou mais princípios sejam manejados no enfrentamento de uma mesma questão, como pode ocorrer, por exemplo, com a adoção do

¹⁴⁵ SLAIBI FILHO, Nabige. Discricionariedade e conceitos indeterminados na Constituição, em *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Disponível na Internet: http://200.198.41.151:8080/tribunal_contas/1999/01/-sumario?next=7, [23.JAN.2006]

¹⁴⁶ CANTARELLI, Margarida de Oliveira. O território do Estado e a gradação da soberania. *Revista da Escola Superior de Magistratura da 5ª. Região*, Recife, n.1, p. 104, 2001.

princípio da legalidade penal e o princípio da adequação social no trato de um mesmo problema ambiental com teor criminal.

Em verdade, tendo-se em conta a relatividade e a flexibilidade que timbram o uso da axiologia, não há que se falar em conflito incontornável entre dois ou mais princípios, mas sim entre um maior ou menor grau de adequabilidade destes à situação fática. E à precedência de um princípio sobre outro, também a depender da exigência demarcada no mundo dos fatos. Logo, do ponto de vista da legalidade, aplicam-se as regras¹⁴⁷ e do ponto de vista da justiça (aqui posta como valor), empregam-se os princípios¹⁴⁸.

¹⁴⁷ A propósito do conflito aparente de normas em sede de Direito Penal Ambiental, veja-se o seguinte acórdão: ““I - PENAL. CRIME AMBIENTAL E PORTE DE ARMA. II - IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO E PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. III - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APLICAÇÃO ANTERIOR AO SURSIS. IV - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. I - As armas, no contexto, assumem a condição de instrumentos próprios para caça, integrando o tipo penal especial, dadas as características. A conduta de portar armas, naquelas circunstâncias, não se amolda ao tipo do art. 10 da Lei n. 9.437/97, mas sim àquele que está descrito de forma especial no art. 52 da Lei n. 9.605/97. II - Ainda que se dê por superada a tese da simples imputação ao tipo penal, com base na subsunção da conduta a ele, não se pode olvidar que a própria doutrina faz menção a que, por ser de rigor mais técnico, o princípio da especialidade é o que melhor soluciona os casos de conflito aparente de normas, o que também poderia servir de argumento para o caso ora em julgamento. III - Somente se a substituição da pena, nos termos do art. 44 do CP, não for possível, é que se deve aferir a possibilidade de aplicação do art. 77 do mesmo Codex. No caso, considerando que o recorrido foi condenado à pena de detenção de 6 (seis) meses, substitui-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a saber, por prestação de serviços à comunidade, em instituição a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, mantendo-se a pena de multa aplicada, com fulcro no art. 58 do CP. IV - Recurso conhecido e parcialmente provido.”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma Esp., ACR 2001.51.07.000690-0/RJ, Rel. Des. Fed. Abel Gomes, j. 06.04.2005, DJ 19.12.2005).

¹⁴⁸ Outro conflito aparente de normas em matéria penal ambiental: ““PENAL. EXTRAÇÃO DE RECURSO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO. ARGILA. ART. 2º DA LEI 8.176/91 E ART. 55 DA LEI 9.605/98. CONCURSO FORMAL. INEXISTÊNCIA. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CONFIGURADO. SOLUÇÃO DADA PELA DOCTRINA. 1. O conflito aparente se instala quando, havendo duas ou mais normas incriminadoras e um fato único, o agente, mediante uma única ação ou omissão, ofende (aparentemente) tais normas (na hipótese, uma norma prevista em lei ambiental e outra na lei que trata dos crimes contra a ordem econômica). No conflito aparente de normas há unidade do fato e pluralidade de normas. A ofensa ao mundo naturalístico ocorre uma única vez. 2. Praticando o agente a lavra clandestina de argila (Lei 9.605/98, art. 55), não lhe pode ser imputado, também, o crime previsto no art. 2º da Lei 8.176/91 (explorar matéria-prima pertencente à União Federal sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo). 3. Havendo concurso aparente de normas, deve o juiz valer-se do princípio da especialização e proceder à subsunção adequada, aplicando apenas um dos preceitos legais, qual seja, o que melhor se ajusta à conduta praticada, sob pena de bis in idem. 4. Para que esteja caracterizado o concurso formal, é necessário que a conduta comissiva ou omissiva produza mais de um resultado naturalístico, simultaneamente. 5. Recurso não provido.”. (BRASIL. TRF 1ª Região, 3ª Turma, ACR 2001.33.00.013279-4/BA, Rel. Des. Fed. Tourinho Neto, j. 17.05.2005, DJ 26.08.2005).

No compasso do que se analisa, é prudente que se tenha olhos para a advertência de Andreas Joachim Krell¹⁴⁹, afirmando que

...a aplicação prática do Direito, bem como a dogmática, sempre vão se basear em grande medida num pensamento orientado a valores, fato que muitos operadores não têm clara consciência, pois equiparam o pensamento jurídico com a subsunção ou com as deduções lógicas e não consideram como suscetíveis de fundamentação racional os juízos de valor. Ao mesmo tempo, são justamente os princípios jurídicos que funcionam também para neutralizar o 'subjativismo voluntarista dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas', impondo ao aplicador da norma 'o dever de motivar seu convencimento'.

É dado ao grau de relevância que os princípios jurídicos ostentam quando maneados no trato das questões ambientais, principalmente naquelas de índole penal, que se faz necessária a inserção deste capítulo no presente estudo. Afinal, muito pouco significa para a eficácia, a efetividade e a eficiência do Direito Penal Ambiental a afirmação de que temos uma Lei dos Crimes Ambientais avançada ou uma elogiada Lei de Política Nacional do Meio Ambiente se não existirem outras ferramentas jurídicas idôneas e respeitáveis - caso dos princípios - para colocar todo o sistema em funcionamento.

Assim, do ponto de vista prático, a abordagem que adiante será feita dos princípios que fundamentam o Direito Penal Ambiental objetiva, entre outras coisas, a observação desse sistema por inteiro, ensejando uma melhor aplicação concreta das suas normas e uma mais eficiente consecução dos ideais de justiça.

5.2. Princípio da cooperação (ou da participação).

Mesmo não sendo exclusivo do Direito Ambiental, o princípio da cooperação (também conhecido por princípio da participação), que serve a toda a estrutura do Estado Social, atua como indicador para a formulação e para a implementação de políticas que miram o bem-estar comum, finalidade maior desse modelo de organização estatal.

¹⁴⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 74.

É através do manejo do princípio aqui discutido que são eleitas as prioridades na área do meio ambiente, desaguando numa quase sempre velada distribuição de afazeres no campo ambiental, entre o Estado e o particular. Assim, por exemplo, ao instante em que uma organização não-governamental dotada de representatividade, estimula o Poder Legislativo a editar uma norma de alcance ambiental, produziu-se aí o efeito da colocação em prática do princípio da participação popular.

O chamado á sociedade para congeminar-se ao aparelho oficial, visando a proteção do meio ambiente – inclusive pela via penal – pode ser extraída do espírito do art. 225 da Constituição de 1988. Por isto que o autor deste trabalho¹⁵⁰ afirmou que a redação do *caput* do mencionado dispositivo “compõe-se perfeitamente com o espírito de toda a carta constitucional, de dar ênfase à cidadania, pois convoca a coletividade a formar parceria com o poder público na busca de consecução de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, havido como bem de uso comum do povo, que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.”.

Destaca-se a importância desse princípio quando é sabido que o Estado, sozinho, não tem como arcar com a missão de gerir os bens e os interesses públicos de forma ética e proveitosa, findando por convocar a sociedade civil para se envolver na questão ambiental, já que diretamente preocupada com a qualidade de vida e com os contornos que a esta oferecem viabilidade. Se do pacto social não brotam elementos suficientes para a realização das tarefas inerentes à tutela do meio ambiente, é razoável o entrosamento da sociedade entregando aos governantes, legisladores e juízes instrumentos de aferimento do querer popular em relação ao tema. Assim, por exemplo, ao instante em que uma organização não-governamental dotada de representatividade estimula o Poder Legislativo a editar uma norma de alcance ambiental, produziu-se aí o efeito da colocação em prática do princípio da

¹⁵⁰ CARVALHO, Ivan Lira de. A tutela jurídica da caatinga. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Direito Ambiental em evolução*, n. 3. Curitiba: Juruá, 2002. p. 182.

participação popular. Da mesma sorte, ao tempo em que o Estado veicula uma campanha publicitária estimulando a população a adotar condutas compatíveis com a preservação do meio ambiente, e obtém considerável retorno, mais uma vez está sendo manejado como sucesso o princípio ora em estudo. No mesmo diapasão, as corretas e ponderadas pressões desenvolvidas pelo meio particular junto ao Judiciário, tanto através de entes legitimados (a começar do Ministério Público, mas não se exaurindo na atuação deste) como de forma oblíqua (via imprensa, por exemplo) ou mesmo direta, a exemplo das audiências públicas realizadas como forma sentir o anseio da sociedade sobre determinada questão ambiental.

A propósito da realização de audiência pública visando dirimir questões levantadas no seio de uma ação judicial com partes definidas (ainda que tratando de interesses transindividuais), tem-se o exemplo positivo da Presidência do Tribunal Regional Federal da 5a. Região, que considerando as pressões sociais que clamavam por uma solução ambientalmente equilibrada para o destino da cobertura florestal de araucárias localizada no terreno que seria inundado pela Represa de Barra Grande, no Estado de Santa Catarina, realizou amplo debate com órgãos representativos, integrantes da relação processual ou formalmente alheios a esta¹⁵¹.

Muitas são as formas da colaboração que pode ser exercida pelo particular na condução e na execução da política de preservação ambiental, inclusive em conformação com o direito positivado. Uma dessas modalidades é através da atuação eficaz no processo legislativo, lançando mão dos instrumentos que consagram a participação popular no fabrico

¹⁵¹ “Audiência sobre corte de vegetação na área da usina de Barra Grande não chega a acordo. Terminou sem acordo a audiência realizada hoje (21/12) à tarde sobre a retirada de cobertura vegetal na área das obras da Usina Hidrelétrica de Barra Grande, entre Anita Garibaldi (SC) e Esmeralda (RS), na divisa entre os dois estados. O encontro foi realizado no Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, em Porto Alegre, com a participação de representantes dos Ministérios Públicos Federal (MPF) e Estadual do RS (MPE), dos Ministérios de Minas e Energia e do Meio Ambiente, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), da Energética Barra Grande S.A. (Baesa) – concessionária responsável pelo empreendimento –, do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) e das duas entidades autoras da ação civil pública contra o corte da mata no local: Rede de Organizações Não-Governamentais da Mata Atlântica e Federação das Entidades Ecologistas de Santa Catarina (Feec)”. (Disponível na Internet. http://www.trf4.gov.br/trf4/noticias/noticia_final.php?id=4295 [25.03.2005]).

das leis, tal como está previsto no artigo 61, caput e parágrafo segundo, da Constituição Federal¹⁵², podendo daí advir normas importantes para a proteção ambiental.

Também constitui eficiente maneira de participação população na positivação do Direito Ambiental o manejo do referendo, antevisto no artigo 14, II, da Lei Maior¹⁵³, apesar da reserva que os tribunais pátrios devotam ao mencionado instituto.

Outra forma de concretização do princípio da cooperação é a participação dos cidadãos nos órgãos colegiados que tratam da política ambiental nos três níveis da organização estatal, que invariavelmente possuem poder normativo e estão hábeis, portanto, a editar, no âmbito das suas respectivas competências, diplomas recentes de assuntos ambientais que reflitam os anseios populares nessa área. Portanto, é fator de concretização do princípio em destaque a participação dos interessados na preservação ambiental em instituições como o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81, artigo 6º, inciso I¹⁵⁴), bem como nos seus congêneres do Estado e do Município, estes últimos com previsão legal de existência e funcionamento traçados nos artigos 1º e 2º desta mencionada lei¹⁵⁵.

¹⁵² “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (...)§ 2º - A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

¹⁵³ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.”

¹⁵⁴ “Art 6º - Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: I - Órgão Superior: o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, com a função de assistir o Presidente da República na formulação de diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente;”

¹⁵⁵ “Art 1º - Esta Lei, com fundamento no art. 8º, item XVII, alíneas *c*, *h* e *i*, da Constituição Federal, estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente, cria o Conselho Nacional do Meio Ambiente e institui o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental. Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;

II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; VII - acompanhamento do

Além das formas de participação efetiva da sociedade no campo da efetividade do princípio da cooperação, destaca-se também o acionamento do Estado, via Judiciário, sempre que o tema versar sobre meio ambiente. Vários são os instrumentos postos à disposição do particular para que este ponha em prática o princípio em estudo. A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso LXXIII, arrola como garantia fundamental a titularidade, pelo particular, de ajuizar ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente, inclusive. Igualmente ocorre com o mandado de injunção (mesmo artigo, inciso LXXI). Outros instrumentos jurídicos estão disponíveis na mesma Carta Política e na legislação infraconstitucional para idênticos fins, ainda que careçam da intermediação de entes legitimados para buscar a tutela jurisdicional, os quais podem ser provocados por representação. Assim, são hábeis a perseguir a proteção do Judiciário para o meio ambiente a ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos (art. 103) e a ação civil pública, esta última disciplinada na Lei 7.347/85.

Ademais, o princípio da colaboração não pressupõe, necessariamente, ajuda econômica para a proteção ou para a restauração do ambiente, mas sim uma ajuda ambiental em senso estrito, para evitar a contaminação das águas, do solo e da atmosfera, bem como a contribuição para promover um sistema econômico e produtivo aberto, que favoreça a um desenvolvimento sustentável e ao crescimento econômico preservador, na conformação do que diz a Declaração do Rio, Princípios 7, 9, 12 e 27.

Especificamente acerca da aplicação do princípio da participação na formulação de um Direito Penal Ambiental, além das vias legais e institucionais já apontadas, tem-se como instrumento útil ao exercício dessa colaboração o instituto da iniciativa popular para a produção legislativa, antevisto no art. 14, inciso III, da Carta Política. Com efeito, o manejo desse princípio vem ao encontro de outro princípio, originário do Direito Penal

estado da qualidade ambiental; VIII - recuperação de áreas degradadas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação; X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.”.

clássico, que é o princípio da adequação social, segundo o qual sendo – como de fato o é – o tipo delitivo um modelo de conduta proibida, é impensável que este mesmo tipo comporte condutas socialmente aceitas. Assim, a iniciativa popular é um instrumento de inquestionável legitimidade para a configuração de delitos atentatórios ao meio ambiente, antevendo a efetividade da norma aí gerada.

5.3. Princípio da precaução.

De acordo com o princípio da precaução (também chamado de princípio da prevenção), deve ser tomado em conta que os danos causados ao meio ambiente são, em regra, de difícil (e quiçá de impossível) reparação. Daí serem úteis e recomendáveis as ações preventivas, que devem ser postas em prática justamente para evitar as ações reparatórias.

Consoante o artigo 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁵⁶, editada ao ensejo da Conferência da ONU realizada no Rio de Janeiro, em 1992, o princípio da precaução está assim consagrado: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”.

Nessa linha, tem-se que ocorrendo ameaças de danos relevantes e irreversíveis ao meio ambiente, “a falta de certeza científica absoluta não deve ser usada como razão para se adiar a adoção de medidas economicamente viáveis destinadas a evitar ou reduzir os danos ambientais em questão”, conforme opina Chris Wold¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível na Internet: <http://forum-tt.com/index.cgi?contents=/texto.show.cgi/onpdelhkdf.prd> [13.mar.2006].

¹⁵⁷ WOLD, Chris. NARDY, Afrânio José Fonseca. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte, 2003. p. 17.

Presente no Direito Alemão desde os anos setenta, a sua implementação “não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa a durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e a continuidade da natureza existente no planeta”, conforme anota Paulo Afonso Lemme Machado¹⁵⁸. Está de acordo com o opinamento de Álvaro Luiz Valery Mirra¹⁵⁹, para quem, desde a consagração do princípio da prevenção, “não pode mais haver dúvidas de que o direito ambiental no Brasil é o direito da prudência, é o direito da vigilância no que se refere à degradação da qualidade ambiental e não do direito da tolerância com as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Esse enfoque que deve prevalecer em toda atividade de aplicação do direito nessa área, inclusive na esfera judicial”.

Édis Milaré¹⁶⁰ prestigia o princípio da prevenção, afirmando que o mesmo é “basilar em Direito Ambiental, concernindo à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade”.

Os termos prevenção e precaução são usados, costumeiramente, para designar um mesmo princípio de Direito Ambiental. Entretanto, alguns autores mais ciosos da força técnica de cada uma destas expressões consignam a diferença entre ambos. Assim, para essa corrente, a prevenção ocorre quando não sabemos quais os efeitos que uma ação surtirá, e por isto não a praticamos. Já precaução ocorre quando os efeitos de uma ação ainda não são suficientemente esclarecidos sob o ponto de vista científico¹⁶¹. Em suma, se em sede de listamento dos princípios ambientais realmente útil for a distinção entre precaução e

¹⁵⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental e Princípio da Precaução. *Merconet Digital*. Disponível na Internet: <http://www.merconet.com.br/direito/1direito.htm>. 14.02.2006.

¹⁵⁹ Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. *Revista de Direito Ambiental*, n. 21, pp. 92 a 102. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 98.

¹⁶⁰ MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 756, pp.. 53-68, out. 1998.

¹⁶¹ A respeito, cf. Paulo Affonso Leme Machado, *in* Direito Ambiental e Princípio da Precaução (artigo acima citado), que oferece explicação, forte em Tullio Scovazzi, Professor da Universidade de Milão II.

prevenção, arrisca-se a seguinte: considerando a fragilidade dos bens ambientais e até mesmo a irreversibilidade dos danos que podem ser causados a estes, todas as atividades que lhes exponham a perigo somente devem ser iniciadas diante de uma razoável margem de segurança, quiçá atestada por estudo e relatório prévio de impacto ambiental, implicando isto no manejo do princípio da prevenção; mas, se ultrapassadas todas as exigências timbradas de prevenção, a atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente deverá ser desenvolvida com o máximo de cuidado, para não transbordar em dano e isto – é dizer, o exímio cuidado com que se realiza a mencionada atividade – caracterizará a força do princípio da precaução. Válida a opinião de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶²: “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 possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta”.

Ainda segundo Chris Wold¹⁶³, “o princípio da precaução deve ser aplicado quando houver incerteza científica sobre a plausibilidade da ocorrência de danos ambientais graves”. Assim, o comentado princípio tem como básica característica a de incidir sobre a incerteza do dano ambiental, pois, como a sua própria denominação sugere, orienta o posicionamento do homem frente às questões ambientais, antes mesmo que surjam os danos. Portanto, diante das incertezas científicas acerca dos resultados de uma determinada atividade, em termos de risco ou de probabilidade de dano ao ambiente, há que ser manejado o princípio da precaução.

¹⁶² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Actos jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais. Coimbra: *Boletim da Faculdade de Direito*, v.9, 1993. p.69.

¹⁶³ Ob. op. cit., p. 17.

Pela lição de Andreas Joachim Krell¹⁶⁴, “os princípios da precaução e da prevenção exigem uma redução das exigências em relação à aceitação de um ‘perigo ao ambiente’ e a probabilidade de dano ecológico, que se deve refletir na disposição do julgador para tomar as medidas processuais cabíveis, especialmente cautelares”.

O princípio em comento é deveras útil ao Direito Penal Ambiental, em razão da identidade que sustenta com o caráter de prevenção geral que tem a pena, embora não seja este o único atributo da sanção penal. Destarte, se a pena tem por fito também precatar a sociedade de novas investidas criminosas, é claro que o Direito Penal aceita de bom grado um princípio do Direito Ambiental que preconiza um alerta social contra as agressões ao meio ambiente, pois desde que pontualmente acatado esse aviso, menor será o número de incidências penais ambientais.

O princípio da precaução indica que não pode uma atividade potencialmente comprometedora do meio ambiente ser realizada sob a falta de certeza científica absoluta dos efeitos que pode produzir. Em casos tais, não pode o empreendedor da mencionada atividade tergiversar a adoção de medidas ambientalmente eficazes, mesmo sob o argumento dos altos custos que essas medidas implicarão. Conforme reza o Princípio 15 da Declaração do Rio, o desconhecimento científico não deve ser utilizado como razão para transferir às gerações futuras as decisões que se devem tomar contemporaneamente, em prevenção a eventuais danos ao meio ambiente.

5.4. Princípio poluidor-pagador.

O princípio poluidor-pagador, também chamado de princípio da responsabilidade, preconiza que deve ser cometido a quem polui o ônus de recuperar o meio

¹⁶⁴ KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 73.

ambiente ou de arcar com as conseqüências, sancionatórias ou econômicas, da sua ação poluidora, evitando-se assim que este custo recaia sobre o particular inocente ou mesmo sobre o Estado, sendo que nesta última hipótese à sociedade tocará as conseqüências da irregularidade ambiental.

Segundo Andreas Joachim Krell¹⁶⁵, o princípio poluidor-pagador tem como corolário a teoria do risco-proveito, sendo dito preceito “consagrado internacionalmente como um dos princípios básicos do Direito Ambiental.”. E é esteado nesse prestígio que Nicolao Dino de Castro e Costa Neto¹⁶⁶, vendo o referido princípio albergado no art. 4º, VII, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, assevera que quem degrada o ambiente “deve arcar com os ônus decorrentes dessa atividade, responsabilizando-se pelos custos referentes à exploração dos recursos naturais, como também pelos custos destinados à prevenção e reparação dos danos ambientais.”.

Nada obstante a aparente singeleza do axioma em que se delinea o princípio em estudo (se alguém polui, advém a conseqüente obrigação de reparar), é preciso que não se tenha como absoluto, em termos de solução para os problemas ambientais, a sua regra redistributiva. É que essa simplicidade é só aparente, já que oculta conseqüências econômicas e jurídicas complexas, conforme lembra Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin¹⁶⁷: “É certo que o poluidor, mesmo quando diretamente responsabilizado pelos custos sociais de sua atividade poluidora, acaba por repassar tais despesas aos compradores ou usuários de seus produtos ou serviços. De qualquer modo, o importante é que não são chamados a pagar os que não produzem o dano ou com ele não se beneficiam.”.

¹⁶⁵ KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental - Algumas objeções à teoria do "risco integral". *Revista Jurídica Jusnavigandi*. Disponível na Internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720&p=2> [23.07.2005].

¹⁶⁶ COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 76-77.

¹⁶⁷ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*, vol. 2. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 228.

Cristiane Derani¹⁶⁸ comenta as externalidades negativas de cunho ambiental, assim chamadas em razão de resultarem da produção, mas sendo suportadas pela coletividade, ao contrário do lucro, que vindo também da produção, é destinado à empresa. É o enfoque do princípio poluidor-pagador pelo lado da economia, onde a autora conclui: “Daí a expressão ‘privatização dos lucros e socialização das perdas’, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização. Por isto, este princípio também é conhecido como o princípio da responsabilidade.”.

Por outro lado, é imprescindível que reste claro que a existência do princípio poluidor-pagador não significa um autorizativo para o cometimento de agressões ao meio ambiente, desde que exista abono para a cobertura dos danos. Se assim fosse, uma grande empresa poderia exercer atividade poluente sem reservas, desde que os lucros obtidos com a sua atividade fossem bastantes para cobrir os eventuais danos. É por isso que José Afonso da Silva¹⁶⁹ chama a atenção para o equívoco que a denominação do princípio em estudo pode gerar: “Por isso, melhor é exprimir essa idéia, não com aquela expressão comprometida, mas como princípio da responsabilização, como o faz Fernando Alves Correia, para indicar que se trata de um princípio sancionatório e não de um princípio atributivo de faculdade.”.

No que diz respeito especificamente ao Direito Penal Ambiental, o princípio poluidor-pagador guarda uma firme ligação com o aferimento da culpabilidade do agente, atributo indispensável para a configuração da responsabilidade penal do agressor. É que, se no campo extra-penal o princípio poluidor-pagador informa o dever de reparação civil decorrente do dano ambiental, na seara penal esse mesmo princípio dá base à caracterização da culpabilidade (e da conseqüente responsabilidade penal) do agente agressor do bem jurídico ambiental. Nas duas sendas agora reportadas está o crivo de color constitucional, já que tanto

¹⁶⁸ *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1997, p. 158.

¹⁶⁹ *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª. edição. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 78.

a responsabilidade penal como a extrapenal dos agressores do meio ambiente está prevista na Constituição Federal, artigo 225, § 3º. Adverte-se, entretanto, que o elemento subjetivo aqui referido (a culpabilidade) deixa de ser útil quando o crime é atribuído à responsabilidade de pessoa jurídica, pois aí os parâmetros serão outros (a disfunção e o risco), conforme análise desenvolvida em outra parte deste trabalho.

Outro ângulo pelo qual se divisa a interseção do princípio poluidor-pagador com o Direito Penal Ambiental está na feição de prevenção contida na norma penal; tanto a prevenção geral como a prevenção especial. Sobre esta última, diz Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz¹⁷⁰ ser destinada ao infrator, “reafirmando para ele o valor do bem atingido e a validade da norma violada e, especificamente em sede de Direito Penal Ambiental, concretizando o princípio do poluidor pagador”.

Também sob o prisma da finalidade da pena, tem-se como adequável o princípio poluidor-pagador a um Direito Penal Ambiental, em razão do caráter retributivo da sanção penal.

5.5. Princípio do ônus social.

Em matéria ambiental todos nós arcamos com os efeitos deixados pelo “progresso”. É assim que se pode tentar uma conceituação pragmática para o princípio do ônus social.

Nesse diapasão, se não for possível a individualização e a identificação do autor e da dimensão das agressões ambientais, a recomposição pelos danos há que ser suportada pela sociedade como um todo. O fundamento dessa divisão é o princípio do ônus social.

¹⁷⁰ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, n. 42. pp. 5-24, abr./jun. 2006. p. 11.

A ontologia do princípio ora estudado tem identidade e contemporaneidade com a criação do próprio Estado como instituição gregária, concebido a partir da celebração de um hipotético pacto social, através do qual são consagradas renúncias particulares em favor do bem-estar coletivo. Isso conduz, inexoravelmente, à divisão das externalidades negativas acima já comentadas. Assim, para que a sociedade tenha o bônus do progresso e das facilidades geradas pelo engenho humano, é preciso que suporte o ônus pelo custeio da reparação dos danos ambientais porventura decorrentes da implementação dessas vantagens. Por isto, se não for possível a individualização e a identificação do autor e da dimensão das agressões ambientais, a recomposição pelos danos há que ser suportado pela sociedade como um todo. E isto pode ocorrer no campo das reparações civis como na seara os prejuízos insolvíveis, mercê do perecimento ao qual está fadado a maioria dos bens ambientais. Mas pode ocorrer também em decorrência da prática e ações atentatórias ao ambiente e que têm previsão legal incriminadora. Em casos como estes últimos, desde que não seja possível a restituição integral ou a reparação satisfatória da coisa atingida, a sociedade suportará os efeitos do crime por dois flancos: no primeiro, em decorrência de ter sido furtada da fruição (ou pelo menos de ter sido prejudicada desse gozo) do bem ambiental atacado; no segundo, em razão do esgaçamento do tecido social que ocorre sempre que um membro da sociedade sofre condenação criminal, por muitas vezes tolhendo-lhe do bem primário que é a liberdade de ir e vir, mercê de condenação à prisão.

No entender de Cristiane Derani¹⁷¹, com base no princípio aqui comentado, “recaem sobre o Estado os encargos da proteção ambiental, sobretudo quando se trata do financiamento da diminuição da poluição ambiental, bem como no subvencionamento direto ou indireto, estimulando um trabalho privado de proteção ambiental”, aduzindo ainda que nesta ação pode ser identificado o princípio da subsidiariedade, através do qual o Estado

¹⁷¹ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Editora Max Limonad. 1997. p.60.

assume a responsabilidade pelos riscos da utilização de matéria-prima e energia, insumos necessários à movimentação da atividade empresarial, diante da impossibilidade técnica ou da incapacidade de sobrevivência do mercado. Assim, *v.g.* entra na cota do Estado, e por via de consequência da sociedade, o risco pela geração de energia nuclear destinada a atividades produtivas, sendo certo que não são poucas as possibilidades de ocorrerem danos irreparáveis ao meio ambiente.

Por outro lado, em atenção à ordem lógica na qual se situam diante do caso concreto os princípios que orientam o Direito Ambiental, há que ser lembrado que o princípio do ônus social, em regra, só é chamado a atuar quando cessadas a possibilidade do manejo eficaz do princípio da responsabilidade, este orientado a perseguir diretamente do causador do dano a reparação decorrente da sua conduta.

5.6. Princípio do desenvolvimento sustentável.

Trata-se, neste ponto, do princípio do desenvolvimento sustentável, também aclamado como princípio do desenvolvimento sustentado, deveras importante na área de planejamento econômico, seara onde se impõe a partir da advertência da inexorabilidade da exaustão dos recursos naturais, desde que estes não sejam corretamente manejados, ainda que para servir ao crescimento qualitativo e quantitativo dos meios de produção e de serviço.

Dito princípio tem crescido em prestígio a partir da Conferência de Estocolmo (1972), configurando mesmo uma autêntica norma de conduta, segundo a qual a modificação da natureza através da sua apropriação ou através de emissões somente é possível quando imprescindível para a manutenção da vida humana ou para a preservação de outro valor básico, ou quando ficar demonstrado que essa apropriação não impedirá a reprodução

dos recursos naturais, advindo a conclusão que a sustentabilidade é um princípio válido para todos os recursos naturais renováveis.

E desde a edição da Conferência de Estocolmo que a questão ambiental passou a dar presença de forma mais pronunciada nos afazeres do mundo moderno. Não como uma romântica abordagem de proteção a determinado setores da natureza, quiçá por excentricidade ou caridade, mas sim pela crescente certeza de que o celeiro de recursos naturais, já esgotados nos países chamados de Primeiro Mundo, tendia a se exaurir também nos outros rincões do planeta. A industrialização desenfreada do hemisfério norte gerou um preço social muito alto, desde a incorreta repartição de rendas até o exaurimento dos recursos de difícil ou impossível renovação, implicando, tudo isso, num decréscimo da qualidade de vida. Daí a inevitável preocupação, encetada pelos poderosos, para que a Terra não fosse transformada em uma porção absolutamente inóspita.

Mesmo que sejam timbradas de razoabilidade as críticas de teor ideológico, voltadas contra o atual estágio de perigo ao qual foi relegada a humanidade, em decorrência do incorreto gerenciamento das fontes convencionais de desenvolvimento (indústrias, agricultura mecanizada, produção alternativa de energia, superpopulação etc.) a cargo do capitalismo (inclusive o capitalismo de Estado maquiado por outras bandeiras), não é possível ocultar que em boa hora o mundo despertou para a importância do desenvolvimento sustentado, aprendendo como lidar com as externalidades negativas da produção de riquezas, buscando minimizá-las, pelo menos, quando não possível extirpá-las. Mesmo a gestão estatal não está ausente dessas preocupações, pois, “entre o puro liberalismo dos meios de produção e consumo pregados por Adam Smith no Século Dezoito e o Estado Social idealizado por

Karl Marx, tem preponderância, hoje em dia, o que Leon Duguit chamou de ‘Estado do Bem-Estar’.”¹⁷²

Não se nega, também, que a Declaração extraída da Conferência de Estocolmo não chegou a conclusões definitivas acerca do tema ambiental, tanto pela falta de adesão significativa dos países ricos à idéia (espantados com a possibilidade de superposição dos valores ambientais aos valores do capitalismo), como pela desconfiança que os países pobres ou em vias de desenvolvimento demonstraram em relação ao conjunto de providências sugeridas, temerosos de entraves no seu crescimento. Apesar de tudo, bons dividendos advieram da divulgação do comentado ideal, tais como a consolidação do conceito-princípio do desenvolvimento sustentado.

O progresso orientado por essa harmonia entre desenvolvimento e compatibilidade ambiental surtiu efeitos junto à Assembléia Geral da ONU, que em 1983 encomendou a uma comissão presidida pela então Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, um estudo acerca das alternativas para um desenvolvimento comprometido com a preservação do meio ambiente. Dos estudos levados a cabo pela referida comissão, adveio o chamado Relatório Brundtland (1987), que findou por se constituir no primeiro e mais alentado documento internacional voltado para o tema em comento, englobando abordagens que vão desde o controle da natalidade, a pobreza e a repartição de renda, findando por tratar das questões ambientais propriamente ditas.

É no Relatório Brundtland que o desenvolvimento sustentável é definido como “um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender às necessidades e

¹⁷² CARVALHO, Ivan Lira de. A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública – O descaminho de mercadorias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 14, pp. 215-219, abr.-jun./96.

aspirações humanas”, conforme leciona Cristiane Derani¹⁷³. Lembra ainda a referida autora que ao redor do conceito de desenvolvimento sustentável foi criada uma norma de conduta, segundo a qual a modificação da natureza, através da sua apropriação ou através de emissões, somente é possível quando imprescindível para a manutenção da vida humana ou para a preservação de outro valor básico, ou quando ficar demonstrado que essa apropriação não impedirá a reprodução dos recursos naturais, advindo a conclusão que a sustentabilidade é um princípio válido para todos os recursos naturais renováveis¹⁷⁴.

Com a publicação do Relatório Brundtland muitos Estados foram estimulados a formular políticas públicas de desenvolvimento considerando a questão ambiental como importante. Também com o advento do referido relatório muitas organizações não-governamentais ganharam espaço político para firmar posições em prol do respeito ao meio ambiente como extensão do respeito devido ao próprio homem.

Ainda como fruto da Conferência de Estocolmo, ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92) que consagrou, em dois dos seus princípios, o desenvolvimento sustentável como regra para os Países que viessem a adotá-la. No Princípio 3 está consignado que o desenvolvimento deve ser promovido de forma a garantir as necessidades das presentes e futuras gerações. No Princípio 4 está dito que a proteção ambiental deve ser considerada parte integral do processo de desenvolvimento.

Assim, a Declaração do Rio de Janeiro deu seqüência, consolidando em um documento de respeito mundial, o princípio do desenvolvimento sustentável que já havia sido positivado entre nós em 1988, quando insculpido foi no caput do art. 225 da Carta Política de 03 de outubro daquele ano, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo,

¹⁷³ DERANI, Cristiane, op. cit., pp. 126 a 127.

¹⁷⁴ Op.cit., p. 127.

para as presentes e para as futuras gerações (neste último particular sagrando o princípio intergeracional).

A importância da efetividade desse princípio pode ser sentida no aspecto prático, pois é com fundamento nele, por exemplo, que se exige a realização de estudo de impacto ambiental para a realização de empreendimentos potencialmente vulneradores do meio ambiente, advindo dessa análise o RIMA (Relatório de Impacto Ambiental), tudo com o apoio positivo do que consta no art. 225 § 1º, da Constituição Federal.

Quanto à importância do princípio do desenvolvimento sustentável para o Direito Penal Ambiental, deve ser considerado que o referido princípio tem expressa previsão no artigo-pórtico do capítulo VI da Constituição, que versa sobre o meio ambiente, e que a Carta Política seguiu prestigiando este princípio quando expôs a sanções penais (independentemente das sanções civis e administrativas) às condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, perpetradas por pessoas físicas ou jurídicas (art. 225, § 3º). Essa previsão constitucional abriu espaço para a edição da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, a chamada Lei dos Crimes Ambientais.

5.7. Princípio da informação ambiental.

O princípio da informação ambiental pode ser resumido na assertiva de que todos têm direito a saber o que está sendo feito de sorte a por em risco a higidez do meio ambiente, bem como a ser informado sobre as providências e precauções que estão sendo adotadas para minimizar os riscos e os efeitos deletérios dessas ações. Na esfera oficial, conjuga-se com o princípio da publicidade, sabendo-se que este está inscrito como destacada pilastra da boa gerência do Estado, dês que modernamente é exigida não só a divulgação

formal dos atos administrativos, mas também o livre acesso das pessoas e das instituições às razões que norteiam o agente político a proceder de uma ou de outra forma.

Além do disciplinamento infraconstitucional (v.g. o art. 6º, §3º, da Lei 6.983/81, que prevê o direito à informação, por pessoas legitimamente interessadas, do resultado de análise ambiental realizada pelos órgãos do SISNAMA), o princípio em destaque tem sede na Carta Política, mais precisamente no art. 225, incisos IV e VI. Estes dispositivos tratam, respectivamente, da publicidade dos estudos prévios de impacto ambiental incidente sobre atividades potencialmente comprometedoras do ambiente e sobre a educação ambiental como veículo de conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Historicamente tem-se que direito às informações angariadas ou geradas pelo Estado não é criação hodierna, muito embora atravessasse fase de inescandível prestígio, mercê dos fortes liames que sustenta com os mais basilares atributos da cidadania. Já na Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) o direito à informação instalou-se com feição de liberdade pública, constituindo meio de controle da atividade estatal, forjado na liberdade de imprensa, na liberdade de expressão e na negação da censura. Assim, no crescimento dos Estados Democráticos de Direito, o acesso à informação passou a ser importante instrumento de confirmação da cidadania e da democracia. Os segredos de Estado foram minguando e ficando restritos apenas àquelas situações realmente plausíveis de reserva, não pelo simples querer do governante do momento, mais por imperiosa necessidade da preservação de elementos que, se tornados públicos, vulnerariam a higidez da administração pública ou a própria segurança pública. O princípio da publicidade se inscreve entre as pilastras da boa gerência do Estado, exigindo não só a divulgação formal dos atos administrativos, mas também o livre acesso das pessoas e das instituições às razões que nortearam o agente político a proceder de uma ou de outra forma.

Cumprindo esse foco gerencial, desde que o Estado passou a ter como uma das suas metas de políticas públicas a questão ambiental, imperiosa foi a adoção das regras de transparência acerca de tema tão caro à sociedade moderna, comprometida com o meio ambiente, para a atual e para as gerações futuras.

Destacando a imprescindibilidade do direito à informação ambiental, como pressuposto da participação de todos nas decisões governamentais que tocam ao meio ambiente, Ana Cláudia Bento Graf¹⁷⁵ enaltece o direito/dever da informação ambiental, pugnando pela proteção deste, “posto que, em princípio, só se preserva e só se valoriza o que se conhece.”.

Documento de vanguarda sobre a preocupação das entidades desenvolvimentistas com a questão ambiental é a Declaração de Estocolmo, tirada da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972. O referido documento consagra o direito à informação acerca dos problemas ambientais em dois dos seus princípios, conforme lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷⁶:

19. A educação em assuntos ambientais, para as gerações jovens bem como para os adultos e com ênfase especial aos menos favorecidos, é essencial para ampliar as bases de uma opinião esclarecida e de uma conduta responsável por parte de indivíduos, empresas e comunidades quanto à proteção e melhoria do meio-ambiente em sua plena dimensão humana. É igualmente essencial que veículos de comunicação de massa não só evitem contribuir para a deterioração do meio-ambiente como, pelo contrário, disseminem informações de caráter educativo sobre a necessidade de proteger e melhorar o meio-ambiente de modo a possibilitar o desenvolvimento do homem em todos os sentidos.

20. Em todos os países, especialmente nos em desenvolvimento, devem-se estimular a evolução e a pesquisa científica dentro do contexto dos problemas do meio-ambiente, tanto nacionais quanto multinacionais. Para tanto devem-se promover e ajudar a livre circulação de conhecimentos e informações científicas atualizadas, de modo a facilitar a solução dos problemas ambientais. Tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento em condições que favoreçam sua ampla disseminação, sem constituir sobrecarga para esses países.

A Constituição da República Federativa do Brasil, posta a lume em 03 de outubro de 1988, consagra no art. 225, especialmente nos incisos IV e VI, o direito à

¹⁷⁵ GRAF, Ana Cláudia Bento. O Direito à Informação Ambiental. *Direito Ambiental em evolução*, Curitiba: Juruá, 1998, pp. 12 a 13.

¹⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. São Paulo: Forense, 1975, p. 155.

informação, quando dispõe sobre a publicidade dos estudos prévios do impacto ambiental incidentes sobre atividades potencialmente comprometedoras do ambiente e sobre a educação ambiental como veículo de conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Na mesma rota, as Constituições dos Estados-membros, também seguiram o exemplo da Carta Política Federal de 1988, encartando dispositivos acerca do dever de informação acerca de assuntos ambientais que toca ao poder público¹⁷⁷.

Consoante já foi acima referido, a Lei 6.938/81 previu, no seu art. 6º, § 3º, o direito à informação, por pessoa legitimamente interessada, dos resultados das análises de cunho ambiental realizadas pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente. O mesmo diploma, art. 10, § 1º, estabeleceu o dever do poder público veicular, pelo jornal oficial do Estado e por um periódico de grande circulação local, dos pedidos de licenciamento formulados por empreendedores de atividades potencialmente agressivas ao meio ambiente, bem como da decisão administrativa a respeito. A propósito dessa divulgação massiva, não é razoável seja ela feita em canto de página dedicada a anúncios classificados, como se destinada apenas a cumprir uma formalidade banal e burocrática. É preciso que a divulgação seja feita de forma clara, mesmo que sem estardalhaço ou de modo a encarecer desnecessariamente o procedimento.

¹⁷⁷ Cf. GRAF, Ana Cláudia Bento, op. cit., p. 22, *verbis*: ESPÍRITO SANTO(art.186,parágrafo único; II – “garantir a todos o acesso às informações sobre as fontes e causas da poluição e da degradação ambiental”); GOIÁS (art. 127, § 1º - “assegurar o direito à informação veraz e atualizada em tudo o que disser respeito à qualidade do meio ambiente); MINAS GERAIS (art. 214, § 1º, II - “assegurar, na forma da Lei, o livre acesso às informações básicas sobre o meio ambiente”); PARÁ (art. 253: “é assegurada a participação popular em todas as decisões relacionadas ao meio ambiente e o direito à informação sobre essa matéria, na forma da lei”); RIO DE JANEIRO (art. 258, § 1º, XIII - “... garantir o acesso dos interessados às informações sobre as fontes e causas da degradação ambiental ”); RORAIMA (art. 219, VII -“...e proporcionar à comunidade a informação das questões ambientais orientadas por um atendimento cultural lógico das relações entre a natureza e a sociedade”); TOCANTINS (art. 110, V - “garantia de acesso aos interessados em informações sobre fontes e causas da poluição e da degradação ambiental”); PARANÁ (art. 207, § 1º- Cabe ao Poder Público, na forma da lei, para assegurar a efetividade desse direito: IX -“informar a população sobre os níveis de poluição e situações de risco e desequilíbrio ecológico”). As Constituições dos Estados da BAHIA, AMAZONAS, MATO GROSSO, RIO DE JANEIRO, RIO GRANDE DO NORTE, SANTA CATARINA e SERGIPE não só garantem o acesso à informação ambiental, como determinam que ela seja prestada sistematicamente. E as Constituições dos Estados do MARANHÃO e de SÃO PAULO também especificam outros elementos da informação a ser transmitida.”.

A Carta do Rio, extraída da já referida Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro em 1992, consagra o princípio da informação em alguns pontos, a saber: o Princípio 10 (a participação pública no processo decisório ambiental deve ser promovida e o acesso à informação facilitado); o Princípio 18 (os Estados devem notificar imediatamente outros Estados sobre desastres naturais ou outras emergências que possam causar dano ao seu ambiente); e o Princípio 19 (os Estados devem notificar previamente ou em tempo hábil outros Estados que possam ser potencialmente afetados por atividades com significativo impacto ambiental transfronteiriço).

O princípio da informação tem inegável utilidade quando chamado à liça em sede de matéria penal. Com efeito, a criação dos tipos penais rende obediência ao princípio da legalidade estrita, através do qual fica assegurado que somente é considerado crime aquela conduta que para tanto tiver sido consagrada em uma lei *stricto sensu* (isto é, diploma produzido a partir da atividade típica do Poder Legislativo). E a lei penal só entra em vigor depois da sua publicação, ou seja, depois de ter sido ela veiculada pelos meios de divulgação usuais para os atos oficiais, presumindo-se, a partir daí, ser do conhecimento de todos, que renderão obediência à regra incriminadora, abstendo-se de praticar a conduta descrita como criminosa. Pois bem. A divulgação de que certa conduta é atentatória ao meio ambiente e de que está prevista uma resposta penal para os que a cometerem é a mostra mais cabal de que o princípio da informação é perfeitamente adequável a um Direito Penal Ambiental eficaz e eficiente.

Outrossim, o princípio da informação tem também como destinatário o próprio Estado, ao tempo em que impõe a este a obrigação de criar as condições para que todas as pessoas tenham acesso adequado à informação sobre o meio ambiente igual àquela da qual disponham as autoridades públicas, incluindo informes sobre os materiais e as atividades

que oferecem perigo em suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de discussão e de adoção de decisões para sanar tais males. É também um princípio que obriga os Estados a notificarem imediatamente os outros Estados dos desastres naturais ou outras situações de emergência que podem produzir efeitos nocivos ao ambiente, tudo isto em conformação com a Declaração do Rio, Princípios de números 10, 18 e 19.

5.8. Princípio da educação ambiental.

Quando da realização da Conferência de Estocolmo, em 1972, foi retirada uma Carta de Recomendações e dentre estas a de nº 96 atribuiu grande importância estratégica à educação ambiental. Seguindo a recomendação ora lembrada, realizou-se em Belgrado, Iugoslávia, no ano de 1975, sob o patrocínio da UNESCO, um encontro destinado à formulação de princípios e orientações para um programa mínimo de educação ambiental universal. Na linha do que havia sido preconizado na Conferência de Estocolmo, o Encontro de Belgrado teve como tema central a imperiosa necessidade de uma nova ética mundial que proporcionasse a erradicação da pobreza, da fome, do analfabetismo, da poluição, da dominação e da exploração do homem. Listando a poluição como uma das mazelas que afligiam a humanidade e mirando compatibilizar o desenvolvimento com a preservação dos recursos naturais, foi extraída um dos mais sérios documentos envolvendo a questão do meio ambiente, que é a Carta de Belgrado.

Sob o influxo da já referida Carta de Belgrado, realizou-se em Tbilisi, na ex-URSS, de 14 a 26 de outubro de 1977, a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, organizada pela UNESCO em cooperação com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), evento apontado como consolidador da educação ambiental. A Conferência de Tbilisi foi o ponto mais destacado da primeira fase do Programa

Internacional de Educação Ambiental - PIEA, iniciado em 1975 pelo consórcio UNESCO/PNUMA em Belgrado, com atividades desenvolvidas na África, nos Estados Unidos, na Ásia, na Europa e na América Latina. A Conferência de Tbilisi constitui-se, assim, em um marco, contribuindo para precisar a natureza da educação ambiental, definindo seus objetivos e suas características, assim como as estratégias pertinentes nos planos nacional e internacional.

Na seqüência das observações de Genebaldo Freire Dias¹⁷⁸, tem-se que as recomendações da Conferência de Tbilisi mostram a educação ambiental comportando as características que a seguir serão analisadas.

A educação ambiental é um processo permanente, através do qual os indivíduos e a comunidade tomam consciência do seu entorno ambiental, adquirindo experiência, valores e habilidades que os credenciam a agir na busca da solução para os problemas ambientais, desta e das futuras gerações. Na definição dos seus objetivos, deve ser tomada em consideração a realidade econômica, social e ecológica do lugar, bem como o que se persegue em termos de desenvolvimento. Outrossim, é dever dos responsáveis pela educação ambiental prover os meios de percepção e compreensão dos fatores que interagem no tempo e no espaço para modelar o meio ambiente. Quando possível, o conhecimento acerca do meio ambiente local deve ser fruto de observação, estudo e experimentação realizados na própria região estudada.

Deve também a educação ambiental delimitar os valores e os motivos que impliquem na sedimentação de padrões de conduta e de preservação e melhoria do ambiente. Observe-se que esse resultado só será positivo se os indivíduos absorverem, de forma livre e consciente, os valores capazes de estimular e de conseguir a autodisciplina na interação do homem com o ambiente que o rodeia.

¹⁷⁸ *Educação Ambiental: princípios e práticas*. 5ª edição. São Paulo: Global Editora – Editora Gaia, 1998, pp. 83 a 84.

O maior estímulo aos bons resultados da educação ambiental advirá da ênfase que esta der à solução dos problemas práticos que afetam o meio ambiente local. Com efeito, a educação ambiental, pelos seus objetivos e funções, configura uma forma de prática educacional sintonizada com a vida em sociedade e só logrará efetividade se todos os membros participarem das tarefas de equalização das relações entre o homem e o meio que o contorna.

Em decorrência de ser um processo que dura por toda a vida, a educação ambiental pode tornar mais relevante e eficaz a educação geral, posto que constitui mais do que uma singela especialização, mas sim uma excelente base na qual se desenvolvem novas maneiras de se viver em harmonia com o meio ambiente.

A educação ambiental deve ser democratizada, atingindo a todos os membros da comunidade, procurando adaptação aos mais diferentes níveis sócio-econômicos, etários e culturais, considerando inclusive as desigualdades regionais e nacionais.

Em síntese, a educação ambiental deve levar aos cidadãos os conhecimentos tecnológicos e científicos e estimular as qualidades morais necessárias para o desempenho de um papel efetivo nos processos de desenvolvimento, compatíveis com a preservação do potencial produtivo e dos valores estéticos do meio ambiente.

Outro marco importante na consolidação da educação ambiental foi o Congresso Internacional em Educação e Formação Ambiental, promovido pela UNESCO/UNEP/IEEP, em Moscou, no mês de agosto de 1987, com a participação de trezentos especialistas de cem países, além de observadores institucionais. O referido encontro teve por principal objetivo a discussão das dificuldades encontradas e as ações empreendidas pelas Nações no campo da educação ambiental, e a identificação das necessidades e prioridades em relação ao seu desenvolvimento. Adveio do conjunto de discussões a conclusão de que a educação deveria, simultaneamente, preocupar-se com a promoção da

conscientização, com a transmissão de informações, com o desenvolvimento de hábitos e habilidades, com a promoção de valores, com o estabelecimento de critérios e com os padrões e as orientações para a resolução de problemas e para as tomadas de decisões. Destas ponderações e das perspectivas vislumbradas, foram traçadas estratégias internacionais para ações no campo da educação ambiental.

Também não pode ficar sem registro a Conferência Mundial sobre Educação para Todos, realizada em Jomtien, Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990, onde foi aprovada a Declaração Mundial Sobre Educação Para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas de Aprendizagem, reiterando vários dos objetivos defendidos nos conclaves anteriormente citados, dentre os quais o de ser conferido aos membros de uma sociedade a possibilidade e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de respeitar e desenvolver a sua herança cultural, lingüística e espiritual; de promover a educação de outros; de defender a causa da justiça social, de proteger o meio ambiente.

Também da maior importância para a consolidação da educação ambiental foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), ocorrida no Rio de Janeiro, de 03 a 21 de junho de 1992. Nesse encontro, dentre outras propostas, foram lançados os desafios fundamentais para as políticas governamentais das nações no presente milênio. Essas diretrizes constam dos principais documentos extraídos do conclave, a saber: a Carta da Terra ou Declaração do Rio; a Declaração sobre Florestas; a Convenção sobre a Diversidade Biológica; a Convenção Quadro sobre as Mudanças Climáticas e a Agenda 21. Dentre estes documentos, merece especial destaque a Agenda 21, por consagrar expressamente a educação, a consciência política e o treinamento como pontos de apoio para a erradicação da pobreza a partir de um plano de ação para o desenvolvimento sustentável a ser adotado pelos países (inclusive o Brasil), adotando uma nova perspectiva para a cooperação internacional, conforme está no Capítulo 36 do referido documento.

A Convenção sobre Mudança do Clima, também tirada da ECO-92, tratou em seu artigo 6 da educação, do treinamento e conscientização pública. Já a Convenção sobre Diversidade Biológica cuidou, no artigo 13, acerca da Educação e Conscientização Pública em matéria do meio ambiente.

Também por ocasião da ECO-92 foi tirada a Carta Brasileira para a Educação Ambiental, cujas recomendações mais importantes são as seguintes: a) a necessidade de um compromisso real do poder público federal, estadual e municipal no cumprimento e complementação da legislação e das políticas para Educação Ambiental; b) que sejam cumpridos os marcos referenciais internacionais acordados em relação à Educação Ambiental com dimensão multi, inter e transdisciplinar em todos os níveis de ensino; e c) que em todas as instâncias o processo acerca das políticas para a Educação Ambiental conte com a participação das comunidades direta ou indiretamente envolvidas com problemas do meio ambiente.

Ainda durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento foi extraído um documento não-oficial, denominado Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global, celebrado por diversas organizações da sociedade civil, reconhecendo a educação como um processo dinâmico em permanente construção, que deve propiciar a reflexão, o debate e a sua própria modificação. O referido pacto admite, mais, que a Educação Ambiental para uma sustentabilidade equitativa é um processo de aprendizagem permanente baseado no respeito a todas as formas de vida. Deve ser registrado que em razão da sua feição extra-oficial, o documento aqui referido carece de oponibilidade até mesmo entre as partes pactuantes, servindo como demonstrador das linhas nele consignadas para a formulação de políticas de conduta em relação à educação ambiental.

Do ponto de vista legislativo nacional, a Lei 6.938/81 estabeleceu, no seu artigo 2º, como princípio da Política Nacional do Meio ambiente a educação ambiental prestada a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente (inciso X).

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe para o patamar mais elevado no quadro legislativo a questão da educação ambiental. Assim, está escrito no art. 225, que para assegurar a todos o direito a um meio ambiente equilibrado, incumbe ao poder público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, bem como a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 1º, inciso VI).

Alguns passos significativos foram dados no campo infralegal, tendo inclusive a administração pública brasileira demonstrado sensibilidade com a questão da educação ambiental, como será visto a seguir.

Em 14 de maio de 1991, o então Ministério da Educação e do Desporto editou a Portaria nº 678, determinando que a educação escolar deve contemplar a educação ambiental, que deve incidir sobre todo o currículo dos diferentes níveis e modalidades de ensino.

Por ato do Presidente da República foi aprovada, conforme está no Diário Oficial da União do dia 22 de dezembro de 1994, a Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministério do Meio Ambiente, em conjunto com o Ministério da Educação e do Desporto, com o Ministério da Cultura e com o Ministério da Ciência e Tecnologia, estabelecendo diretrizes para a implantação do Programa Nacional de Educação Ambiental.

Ademais, tem-se que a Lei 9.276, de 09 de maio de 1996, instituidora do Plano Plurianual para o quadriênio 1996/1999, define como um dos principais objetivos da área de meio ambiente a promoção da educação ambiental, através da divulgação e do uso de conhecimentos sobre tecnologias de gestão sustentável dos recursos naturais.

Por fim, com o advento da Lei 9.795, de 27 de abril de 1999, instituindo a Política Nacional da Educação Ambiental, regulamentada pelo Decreto 4.218, de 25 de junho de 2002. Através do mencionado diploma legislativo, foram traçadas as linhas-mestras para a implementação, no país, de uma política educacional que efetivamente contemple a educação ambiental da população, a cargo dos órgãos e entidades do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, bem como pelas instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, pelos órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, envolvendo entidades não-governamentais, classistas, meios de comunicação social e demais segmentos da sociedade.

Em arremate, considerando que a resposta penal contém inequívoca (ainda que não exclusiva) carga de prevenção geral, mas sem ingressar profundamente em discussões teóricas e ideológicas acerca da importância ou não do caráter intimidativo e pedagógico da pena, é indisfarçável que a educação ambiental presta largo serviço ao Direito Penal Ambiental, dês que, auxiliando na formação da consciência dos homens para a preservação dos recursos naturais, decerto estará travando com estes uma aliança ética que inibirá, quanto possível, a prática de condutas atentatórias ao meio ambiente, dentre as quais aquelas mais graves e que por isto mesmo merecem uma sanção penal.

5.9. Princípio da legalidade penal.

Analisa-se nesta fase do trabalho, um dos mais caros princípios do Direito Penal, e, por conseguinte, do Direito Penal Ambiental, que é o princípio da legalidade, juntamente com os seus subprincípios de maior relevância.

O princípio da legalidade pode ser traduzido no aforismo *nullun crime nulla poena sine lege praevia* e está desdobrado em três postulados, a saber: I) o da reserva legal,

que diz respeito às fontes das normas penais incriminadoras; II) o da determinação taxativa, que concerne à enunciação dessas normas; III) o da irretroatividade, que trata da validade das normas penais em relação ao tempo, conforme leciona Luiz Luisi¹⁷⁹.

Destaque-se que os princípios próprios do Direito Penal espelham uma preocupação deveras acentuada com a recomposição do tecido social fraturado pela prática do crime ou vulnerável à incidência deste. Outra preocupação também residente no Direito Penal é com a intimidação geral, responsável pela inibição de potenciais delinquentes.

Sem desviar o foco da tutela penal aqui comentada, vê-se no campo da proteção jurídica ambiental, um misto de proteção da ordem pública e de tutela dos bens ou interesses particulares. Assim, quando uma determinada indústria está soltando efluentes tóxicos, que uma vez levados por um rio tornam imprestáveis para a agricultura as margens daquele curso de água, a interferência do Estado-juiz para fazer cessar a poluição e para aplicar sanção penal à empresa e aos seus dirigentes atende, a um só tempo, ao interesse público de restabelecer a qualidade do meio ambiente, como também ao interesse privado do proprietário ribeirinho, que voltará a exercer uma atividade lucrativa (o plantio agrícola) nas suas terras.

Sem embargo dessa situação de múltiplo espectro (público e privado) ostentado pelo Direito Penal Ambiental, é certo que este tem no princípio da legalidade estrita um dos seus mais importantes princípios, quiçá mesmo o que é imprescindível à sua existência no universo do Direito.

Historicamente tem-se que o princípio da legalidade surgiu no Século XVIII. Acerca dessa demarcação histórica, afirma Cláudio Brandão¹⁸⁰: “É na idade moderna que temos o nascimento propriamente dito do Princípio da Legalidade, em 1764, através da obra do Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, intitulada: *Dos delitos e das penas*.”.

¹⁷⁹ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13.

¹⁸⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29.

Comentando sobre o princípio da legalidade, Mireille Delmas-Marty¹⁸¹, enfatiza a higidez do mesmo, tanto que até logrou acatamento em movimentos de questionamento das concepções clássicas, como é o caso da Nova Defesa Social, onde aglutinados estavam os combatentes do chamado “excesso do juridicismo” e da falta de compromisso com a observação direta da realidade social.

Consoante já dito acima, o princípio da legalidade pode ser decomposto em três sub-princípios ou postulados: o da reserva legal, o da irretroatividade e o da certeza. De acordo com o postulado da reserva legal, somente através de produção legislativa típica (é dizer, no caso brasileiro, proveniente do Poder Legislativo Federal), é possível a definição de crimes e o estabelecimento de penas. Este postulado pontilhou todas as Constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1946, 1967/69 e 1988), exceto na controvertida Carta de 1937. Entre nós, o Poder Judiciário, controlando a constitucionalidade das normas inferiores à Lei Magna, tem sistematicamente recusado as tentativas de criminalização de condutas feitas através de decretos ou de medidas provisórias.

De conformidade com o sub-princípio da irretroatividade, tem-se que a lei penal só alcança os fatos acontecidos a partir da sua vigência. Desse modo, preservada estará a segurança do cidadão, estabelecendo que este não será punido (ou não será punido mais severamente), por fatos que posteriormente sejam considerados como crime ou que tenham a pena agravada. Destaque-se que este postulado contempla algumas exceções: a) lei posterior pode retroagir para beneficiar o acusado; b) pelo postulado da ultratividade (o espectro da lei revogada causando efeitos em tempo posterior à revogação) as leis temporárias ou excepcionais, ainda que retiradas do comércio jurídico, continuam a ser aplicadas aos fatos cometidos durante a sua vigência, tudo conforme reza o art. 3º do Código Penal Brasileiro.

¹⁸¹ DELMAS – MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Oliveira, Edmundo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1992, pp. 32 e 33.

Pelo postulado (ou subprincípio) da determinação, também chamado de postulado (ou subprincípio) da certeza ou de mandato de certeza, é assegurado o respeito e a eficácia do princípio maior da legalidade. Segundo Maurício Antonio Ribeiro Lopes¹⁸², o manejo desse postulado evita fraudes ao princípio da legalidade, “seja pela utilização de cláusulas genéricas, seja pela utilização de sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo”. Assim, tem este o condão de evitar manobras escusas para contornar o primado da legalidade, que é garantia – especialmente – do particular contra os arreganhos de abuso do Estado, pois uma das formas mais eficientes para malferir o princípio da legalidade é através de normas legislativas dotadas de tamanha flexibilidade que permitam um sem número de interpretações, “praticamente transformando o juiz em árbitro, - de acordo com suas próprias convicções, - das mais variadas aplicações da lei, inevitavelmente diferentes de caso a caso”, conforme lembra Pietro Nuvolone¹⁸³.

5.10. Princípio da lesividade.

Ao Direito Penal somente interessa a conduta que implica dano social relevante aos bens jurídicos essenciais à coexistência das pessoas, ou que firam bens jurídicos tidos como relevantes pela sociedade, a partir de uma razoável pauta de valores. A autorização para a intervenção do Estado, impondo penalidades às pessoas em decorrência desse agir no âmbito dos seus direitos, somente está legitimada nessas circunstâncias. Em nada diferencia quando o objeto protegido pelo Direito Penal é o meio ambiente, dando margem, assim, a um Direito Penal Ambiental. É este princípio (o da lesividade) que justifica ou legitima o Direito Penal.

¹⁸² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Legalidade Penal - Projeções Contemporâneas*. S. Paulo: Editora RT, 1994, pág.128.

¹⁸³ NUVOLONE, Pietro. *O sistema do Direito Penal*. Tradução de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Editora RT, 1991, p. 29

A exterioridade e a alteridade (ou bilateralidade), elementos caracterizadores do próprio Direito, também servem de traços constitutivos relevantes do Direito Penal Ambiental, pelo viés da danosidade.

Tem-se a presença da alteridade quando é fato que o Direito sempre opõe dois sujeitos em conflito incidente sobre certos bens ou interesses. Assim ocorre, por exemplo, no que diz respeito à integridade e à sanidade do meio ambiente, pois se de um lado se posiciona o bem jurídico ambiental (interesse difuso, almejado e velado por um número infinito de pessoas), no outro pólo pode estar posicionado o agressor do referido bem.

É preciso também, para ter relevância e dignidade penal, que essa conduta atribuída ao agressor exista concretamente no mundo dos fatos, pois para o Direito Penal não interessam as condutas individuais, quer sejam estas escandalosas, imorais ou pecaminosas, somente podendo ser objeto de apreciação jurídica o comportamento de alguém que venha a lesionar direito de outrem. Fogem à alçada do Direito Penal as condutas puramente internas, diante da primazia da exterioridade acima aludida. O objeto almejado pelo Direito é o bem jurídico. No âmbito do Direito Penal, o que se aspira é evitar a conduta que implique em dano relevante a esse bem jurídico, que configura uma relação de disponibilidade entre pessoas e coisas ou pessoas e interesses, protegida pelo Estado através de normas cuja desobediência implica sanção.

Segundo Paulo Queiroz e Ana Cláudia Pinho¹⁸⁴, “numa visão constitucionalmente orientada do Direito Penal, não se pode conceber a punição de fatos que não causem dano a bem jurídico tutelado pela norma. É dizer, somente serão legítimas as intervenções do sistema penal, se demonstrada ofensa considerável a algum interesse protegido.”.

¹⁸⁴QUEIROZ, Paulo, PINHO, Ana Cláudia. Tentativa e os princípios da ofensividade e proporcionalidade: uma necessária aproximação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.11, n.134, p. 10-12, jan. 2004.

Não é diferente o raciocínio de Maurício Antonio Ribeiro Lopes¹⁸⁵, que ao tratar da bagatela dos delitos afirma que “ao parâmetro da nocividade social, devem ser acrescidos os critérios do desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal.”.

Podem ser apontadas como conseqüências do princípio da ofensividade as seguintes: a) vedar a incriminação de atitudes internas, que não tenham passado da seara da cogitação pelo agente potencialmente delinqüente; b) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, c) vedar a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Assim, sendo – como de fato o é - o Direito Penal Ambiental uma rama das ciências jurídicas onde a prática valorativa diz presente com invulgar freqüência, mercê das peculiaridades do bem jurídico tutelado (o meio ambiente), esse caráter axiológico lhe permite submeter as situações sociais a uma avaliação, da qual resulta o reconhecimento do seu conteúdo de valor ou de desvalor. Cabe aí ao Direito Penal Ambiental lançar mão do seu caráter fragmentário, para definir se o bem jurídico do qual se ocupa, naquele caso concreto, necessita ou não de uma ação protetiva de cunho especial e punitivo.

5.11. Princípio da intervenção mínima.

O avanço das relações sociais, as tensões políticas e o crescimento dos meios de produção e consumo têm reclamado uma intervenção cada vez mais intensa do Direito, visando regular os conflitos de interesses gerados por esses fatos. Na maioria das vezes essa interferência do Direito ocorre de forma preventiva e regulativa em senso estrito; mas em outras vezes o Direito tem que atuar de forma corretiva, pois os fatos atropelam o

¹⁸⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei n. 9.099/95: Juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 179.

razoável. Em determinadas situações, basta a chegada do Direito extra-penal para solver os conflitos. É dizer, os embates de interesses podem ser solucionados no campo do Direito Civil, do Direito Constitucional, do Direito Comercial, do Direito Ambiental, do Direito Tributário, só para exemplificar. Mas em outras ocorrências, necessária se faz a intervenção mais forte do Direito, sendo aí chamado a atuar em socorro o Direito Penal, por sua feição fragmentária, cuidando de deitar tutela apenas nas partes das relações sociais ou interinstitucionais que não tenham logrado suficiente proteção pelos demais ramos jurídicos.

Nada obstante a cautela que deve nortear esse ingresso do Direito Penal na tutela fragmentária das relações conflituosas, muitos equívocos têm sido cometidos pelo Estado-legislador, quando entrega aos cuidados do Direito Penal situações que bem poderiam ser resolvidas em outras áreas, quem sabe até mesmo extra-jurídicas. E é esse descuido que tem gerado, por vezes, uma hiperinflação de normas incriminadoras, desatendendo ao princípio do direito penal mínimo, que recomenda parcimônia na criação de tipos penais ou na ascensão do rigor punitivo.

A preocupação com a ampliação do campo reservado ao Direito Penal pode ser sentida em setores da jurisprudência e da doutrina, a exemplo do que opina Fábio Roberto D'Avila¹⁸⁶, indignado com a falta de cautela com que avança o legislador ordinário “nos novos espaços de intervenção jurídico-penal, especialmente, embora não só, o legislador brasileiro, reflete uma afoiteza que se traduz, em muitos momentos e de forma até mesmo irremediável, em profunda irresponsabilidade não só para com garantias fundamentais, mas, inclusive, para com o próprio objeto a que se destina a tutela penal.”.

É de ser tomada em conta a pertinência deste princípio para os casos de condutas dito criminosas e atentatórias contra o meio ambiente, dando ênfase ao caráter suplementar ou subsidiário do Direito Penal Ambiental, com a cautela de não reduzir este

¹⁸⁶ D'AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, pp. 9-35, jul./ago. 2006. p. 12.

ramo jurídico ao patamar da fraqueza ou da insuficiência. Pelo contrário, reserva-o para as ocasiões onde a sua intervenção seja de fato requerida, ostentando, assim, efetividade, eficácia e eficiência.

Assim, a propósito do princípio em comento, pode ser afirmado que ele representa a restrição, imposta ao Estado, para que não exacerbe na produção de normas penais iníquas e por vezes desbordantes do razoável, em termos de respeito à dignidade humana. É um princípio imanente ao Estado Democrático de Direito. É bom lembrar que o Direito Penal é ramo da Ciência Jurídica essencialmente sancionador. Ou seja: só deve ingressar na tutela de bens ou interesses jurídicos quando os outros segmentos do Direito demonstrarem fragilidade para o enfrentamento dos conflitos interpessoais ou interinstitucionais. Lembra Luiz Luisi¹⁸⁷ que o problema (a necessidade de freios na atividade criminalizante do Estado) foi tratado pioneiramente na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e desde então tem galgado prestígio nos círculos jurídicos universais.

O minimalismo no Direito Penal, tendência que cada dia mais se fortalece no campo da doutrina moderna, encarta a idéia de que há maior utilidade na retração dessa ciência, reservada aos casos de violência e perigosidade reais, deixando espaço para que outros ramos do Direito, desde que eficazmente manejados, consigam inibir e debelar condutas anti-sociais sem dúvida graves, como as que atingem o entorno da vida no nosso planeta. Destaque-se, por oportuno, que a mínima intervenção do Direito Penal, inclusive em matéria ambiental, não se confunde com um Direito Penal fraco ou insuficiente. Pelo contrário, desde que assentado em uma estrutura jurídico-penal bem definida e contando com o auxílio de sólidos princípios, decerto conseguirá um ponto de equilíbrio entre a proteção necessária ao meio ambiente e a liberdade dos cidadãos. É neste sentido a lição de Gilberto

¹⁸⁷ *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 14.

Passos de Freitas¹⁸⁸, que ao defender a tutela penal para as agressões ao meio ambiente adverte: “Isto não significa, entretanto, que se proceda a uma profunda criminalização de condutas que afetem o meio ambiente. Evidentemente, há que se proceder a uma análise criteriosa, criminalizando apenas aqueles atos de maior e significativa relevância.”. Busca-se evitar a banalização da proteção jurídico-penal do meio ambiente, sob o alerta de René Ariel Dotti¹⁸⁹, ao afirmar que nas duas últimas décadas grande tem sido a crítica ao fenômeno da “hiperinflação legislativa fazendo com que se reduza intensamente o poder coercitivo do Direito Penal em face da rotineira criação de tipos que não satisfazem as exigências de proteção dos bens jurídicos fundamentais. Tem sido uma constante o recurso às leis penais para atender interesses conjunturais do Estado ou de grupos de pressão.”.

5.12. Princípio da fragmentariedade.

Certo que o Direito Penal não constitui um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas sim “um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este um meio indispensável da tutela jurídica”¹⁹⁰, não menos correta é a afirmação de que esta rama do Direito não serve para albergar todo o universo de bens carentes de proteção jurídica, mas tão-somente aquela parte desse mundo que não tenha sido suficientemente guardada pelos demais segmentos. Ou seja, só os fragmentos dos bens jurídicos que tenham ficado órfãos da tutela dos outros ramos do Direito é que vão encontrar albergue no Direito Penal. Assim, por exemplo, as questões atinentes ao licenciamento ambiental em princípio são da alçada da Administração Pública. Mas, como carecem de um estofo jurídico, vão encontrá-lo no Direito Administrativo. Só quando o Direito

¹⁸⁸ A Tutela Penal do Meio Ambiente. In *Dano Ambiental - Prevenção, Reparação e Repressão*, vol. 2, S. Paulo: RT, 1993, ps. 310/311.

¹⁸⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁹⁰ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 26.

Administrativo for insuficiente, mercê do aparecimento de fatos que impliquem, v.g., na concessão da licença em desacordo com as normas ambientais, aparecerá o Direito Penal Ambiental, cobrindo a espécie com o tipo do art. 67 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Dito como consectário natural do princípio da mínima intervenção, o princípio da fragmentariedade espelha a idéia que o Direito Penal é essencialmente sancionador, ou seja, deita a sanção mais severa sobre as relações jurídicas anteriormente tuteladas por outros ramos do Direito. Por isto mesmo o Direito Penal é fragmentário, pois volta o seu espectro contra as ações mais graves praticadas contra bens jurídicos de especial relevância, decorrendo daí o seu caráter suplementar, como explica César Roberto Bittencourt¹⁹¹, “posto que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica.”.

Destarte, quando o Direito Penal elege apenas as condutas mais graves para tachá-las como criminosas, está ele demonstrando o seu caráter fragmentário, fazendo uma tutela seletiva do bem jurídico, conforme lembra Luiz Régis Prado¹⁹², afirmando que o princípio agora comentado “impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente.”.

Para o Direito Penal Ambiental é de grande relevância o princípio da fragmentariedade, pois serve de contra-peso aos movimentos ecológicos mais radicais e inconseqüentes, que buscam na criminalização das condutas uma forma equivocada de solucionar os problemas ambientais, olvidando que o trato dessas incorreções por outras áreas do Direito poderia trazer frutos mais eficazes para a causa ambiental.

O princípio em comento auxilia até mesmo na revisão da “imagem do ecologista excêntrico, de aparência descuidada, avesso a qualquer intervenção na natureza”,

¹⁹¹ BITTENCOURT, César Roberto. *Lições de Direito Penal*, 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 33.

¹⁹² PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 53.

consoante diz Vladimir Passos de Freitas¹⁹³. Uma vez manejado com eficiência, granjeia respeitabilidade para o Direito Penal Ambiental, dê que demonstra à sociedade que ao invés do terror de penas severas e desproporcionais, esse segmento da ciência penal está mais comprometido em respeitar o espaço dos outros ramos do Direito, entendendo ser mais eficaz a tutela que estes porventura destinem às condutas anti-sociais, restando apenas com a tarefa de regular as situações que, por serem magnificamente atentatórias às regras do bem-viver, desafiam uma interferência criminalizante.

5.13. Princípio da adequação social.

De acordo com o princípio da adequação social, introduzido no Direito Penal por Hans Welzel¹⁹⁴, sendo o tipo delitivo um *standard* de conduta proibida, é impossível que este mesmo tipo albergue condutas socialmente aceitas. Assim, deve o Direito Penal guardar estreita sintonia com o querer social, no que tange à criminalização de condutas, só podendo considerar crime a conduta que a sociedade reputar como impossível de aceitação.

Nos sistemas jurídicos que têm no princípio da legalidade estrita um instrumento de garantia do cidadão e da própria sociedade, deve o legislador acercar-se especial cautela, inclusive no campo da axiologia, para evitar equívocos na criminalização de condutas socialmente aceitas, sob pena de expô-las, na melhor das hipóteses, ao solene esquecimento, implicando isto no descrédito pontual – mas relevante – do arcabouço jurídico de proteção social.

¹⁹³FREITAS, Vladimir Passos de. Direito Ambiental. *Correio Brasiliense*, Brasília, 18 nov. 1996. Caderno Direito e Justiça, p. 7.

¹⁹⁴Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 131.

Assim, na mesma linha definidora do princípio da intervenção mínima e sempre tendo em vista a utilidade e o prestígio das medidas penais, o princípio da adequação social estabelece que o Direito Penal somente deve tipificar condutas que tenham destacada relevância social, pois caso contrário não poderiam ser delitos. Segundo Cezar Roberto Bittencourt e Luiz Régis Prado, “deduz-se conseqüentemente que há condutas que por sua ‘adequação social’ não podem ser consideradas como tais”.¹⁹⁵.

Muito interessa também o princípio da adequação social quando da definição técnica de um tipo penal, já que, consoante ensinamento de Francisco de Assis Toledo¹⁹⁶, não se deve confundir adequação social com causa de justificação, já que a ação socialmente acatada está desde o início fora do tipo, posto que se realiza no âmbito de normalidade social, enquanto que “a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime, apesar de socialmente inadequada, em razão de uma autorização especial para a realização de uma ação típica”. Aliás, a propósito das causas de justificação, é de ser lembrada a observação de Everardo da Cunha Luna¹⁹⁷, *verbis*: “Assim como a lei define o ilícito penal, estabelecendo limites certos à esfera da ilicitude, assim também define o lícito penal, pondo limites rigorosos à zona da ilicitude.”.

Se grande importância tem o princípio da adequação social para o chamado Direito Penal “clássico” e generalista, diferente não ocorre no campo do Direito Penal Ambiental. Com efeito, até o início da década de setenta do século vinte, pouco interessava ao Estado a questão ambiental, consoante já foi historiado em outra parte deste ensaio. A Conferência de Estocolmo, realizada nessa cidade em 1972 é o marco a partir do qual a questão ambiental passou a ser objeto mais destacado do Direito, dando feição de cientificidade ao conjunto de regras esparsas que regulavam pontualmente temas referentes ao meio ambiente. Mesmo assim, discretas e transversas eram as normas penais nessa área, já

¹⁹⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto e PRADO, Luiz Régis, *op. cit.*, p. 86.

¹⁹⁶ TOLEDO, Assis, *op. cit.*, pp. 132 a 139.

¹⁹⁷ LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 56.

que o objeto jurídico declaradamente protegido era outro, a exemplo do direito de vizinhança, mas com reflexos positivos na tutela ambiental.

Destarte, na linha da evolução dos anseios sociais e das descobertas científicas experimentadas no período acima demarcado (após 1972), é que o Estado mostrou-se ativo para proteger penalmente o meio ambiente. Tanto é assim que crescente é o número de diplomas específicos ou de dispositivos espargidos em outras leis, versando sobre medidas penais que protegem o meio ambiente. Mas, para que essa produção legislativa seja efetivamente útil, é necessária uma sintonia entre a atividade criminalizadora (legislativa por excelência, já que *nullum crimen sine previa lege*) e o querer da sociedade. Não haverá utilidade e nem razoabilidade se o legislador der guarida a pleitos de criminalização de condutas partidos de instituições ou de pessoas que enxergam no mito da “natureza intocada” uma espécie de dogma que raia o fanatismo. Esses posicionamentos sectários desatendem ao postulado do desenvolvimento sustentável¹⁹⁸ e ao princípio da adequação social, pois não encontram apoio da comunidade, esta claramente mais interessada na equalização entre a preservação ambiental e o adequado manejo dos meios de produção e de prestação de serviços.

Na atual quadra da história, pode-se dizer axiomática a assertiva de que, no campo da incriminação de condutas atentatórias contra o bem jurídico meio ambiente, é salutar a consulta ao princípio da adequação social, para que seja aferida a perfeita sintonia entre a vontade da sociedade e o querer do legislador que edita o tipo. Assim, determinados fatos que maculam o meio ambiente podem até merecer uma reprimenda do Estado, sem que necessariamente o seja através do Direito Penal, podendo sê-lo, por exemplo, através do Direito Administrativo (via exercício do poder de polícia, com a interdição do empreendimento e/ou a fixação de multa).

¹⁹⁸ É aquele que permite a conciliação entre o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida para a presente e para as futuras gerações.

Destaque-se que o princípio da adequação social é primordialmente voltado à atividade legiferante, marcando vigilância para que o poder constitucionalmente destinado a tal tarefa não labore em descompasso com os anseios da sociedade, pois se assim agir estará fadando a sua produção típica (as leis) à ineficiência.

6. MAIS ALGUNS TRAÇOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL, ÚTEIS À DISCUSSÃO DA EFETIVIDADE, EFICÁCIA E EFICIÊNCIA DESTES.

6.1. Moldura do delito ambiental.

No corpo do presente trabalho já ficou demarcada a idéia de que o Direito Penal Ambiental tem por objeto tanto a proteção do patrimônio ambiental, considerado em si mesmo, como também a proteção do meio ambiente como um bem que auxilia a felicidade e a preservação do homem no nosso planeta.

Estreme de radicalismos crê-se razoável o manejo dessa emergente área jurídica tanto para asseverar a tutela penal ao meio ambiente (visto com a autonomia que a ciência lhe empresta) como para custodiar as interações que com ele sustém o homem, este último um beneficiário mediato dessa harmonia que preocupa o Direito.

Como o tópico central da presente análise é a proteção penal do ambiente, cabível é uma abordagem acerca dos elementos, teóricos e práticos, que servem à construção de um tipo penal ambiental.

Delito ambiental, segundo Luiz Topan¹⁹⁹ é “a conduta típica e antijurídica, descrita em lei, tendo como objeto a tutela penal do meio ambiente, em todas as suas manifestações”. Some-se a esta definição a culpabilidade, elemento tido por essencial à configuração de qualquer delito, inclusive ambiental, é óbvio²⁰⁰.

¹⁹⁹ Apud TOURINHO NETO, Fernando da Costa. O dano ambiental. *Teia Jurídica*. Disponível na Internet: <http://www.teiajuridica.com.br> [09.041997].

²⁰⁰ Atente-se, no entanto, que o elemento culpabilidade recebe um olhar específico quando em baila a questão ambiental, diante da fragilidade do bem jurídico protegido, é dizer, o meio ambiente. Assim, o que poderia configurar mero indício durante a análise de um crime cometido em outra área (crime contra a pessoa, por exemplo), passa a ser fundamental na caracterização de um crime ambiental, como pode ser visto do precedente jurisprudencial a seguir transcrito: “PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 34 DA LEI Nº 9.605/98. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. RESERVA BIOLÓGICA MARINHA DO ARVOREDO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. - Tendo o agente sido flagrado em barco dentro de local proibido para

Na construção de um tipo penal, voltado a dar proteção ao meio ambiente, deve ser consultado qual o bem ou interesse que deve ser protegido. Uma definição precisa acerca desses elementos suportadores da ação estatal talvez configure o mais destacado elemento indicativo do sucesso ou na desnecessidade dessa providência oficial. A propósito, conquanto particularmente não vejamos pragmatismo na distinção entre bem e interesse jurídicos, especialmente quando do trato de assuntos ambientais, deve ser lembrado que setores autorizados da doutrina especializada disso se ocupam, conforme pontua Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado²⁰¹, para quem, no entanto, as referidas expressões são utilizadas indistintamente, “exprimindo a mesma realidade sob dois ângulos, não sendo possível tutelar um sem tutelar o outro.”.

Nesse compasso, tem-se que a eleição do bem jurídico norteador da criação da norma penal deve manter sincronia com a proteção maior já deitada sobre ele pela Constituição. E assim acontece com o meio ambiente: tendo sido protegido originalmente pelo texto constitucional (Carta Política de 1988, art. 225), teve esse albergue jurídico ampliado em diversas ramas do Direito, inclusive o Direito Penal, pela Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Repete-se, por oportuno, o que já afirmado em parcela anterior deste trabalho²⁰²: o vínculo estabelecido entre o Direito Penal e o texto constitucional diz respeito à compatibilidade vertical do primeiro em relação ao segundo e não numa perspectiva de vedação ou de imposição da criminalização de condutas, pelo só fato de o bem jurídico (o meio ambiente) ter dignidade constitucional, pois inúmeros outros bens são tutelados pela constituição e não somente por isso são objeto de proteção penal.

pesca - Reserva Biológica do Arvoredo, no Estado de Santa Catarina -, com três quilos de pescado, configurada está a prática delituosa prevista no art. 34 da Lei nº 9.605/98.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 8ª Turma, ACR 2000.72.00.004576-2/SC, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 20.04.2005, DJ 04.05.2005).

²⁰¹ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo, Atlas. 2000. p. 62.

²⁰² Capítulo 4, sub-capítulo 4.3.3 (Observações acerca do chamando constitucionalismo penal).

Mas o certo é que temos o meio ambiente como bem jurídico autonomamente protegido pela Constituição de 1988 e também tutelado pelo Direito Penal, em plena sincronia e harmonia hierárquica. O enfoque constitucional auxilia o Direito Penal ao ponto em que esse bem jurídico tem função político-garantidora de delimitar a criação de tipos criminais, dando também a medida da pena em abstrato e servindo também para informar as qualificadoras que podem ser agregadas ao tipo²⁰³.

Outra responsabilidade que deve pesar tanto para o legislador como para o formador da opinião jurídica, ambos responsáveis pela criação de tipos penais protetores do meio ambiente é a sintonia com o quadro de valores defendido (ou pelo menos pacificamente admitido) pela sociedade que vai conviver com a aplicação (ou com a ineficiência...) da norma penal elaborada. A axiologia, nesse particular, tem um inegável valor. Destaque-se que não deve ser confundido o ato de auscultar, pelos meios possíveis, os anseios sociais, com o engodo posto por interesses inconfessos ou miúdos, geralmente postos através de bem articuladas campanhas midiáticas, do tipo “bandeira de criação de empregos” em total desatenção aos mais comezinhos princípios ambientais, tais como o da precaução.

Há mais outro liame que deve orientar o legislador e o formador da opinião jurídica (o doutrinador, o parecerista, o postulador, o julgador, o pesquisador etc.). É o que leva a atividade legislativa ao encontro dos preceitos basilares do Estado Democrático de Direito, sem desprezar os valores sociais reinantes consoante lembra Luiz Regis Prado²⁰⁴: “Em um Estado de Direito Democrático, a determinação dos valores básicos da comunidade deve ser concretizada na Constituição. O aspecto substancial dos valores constitucionais relaciona-se com a definição de um espaço aberto que torne possível o jogo das alternativas, facultando a idéia ou tendência, a oportunidade de vir a ser majoritária.”.

²⁰³ PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. ob. e p. op. cit.

²⁰⁴ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*. São Paulo: Editora RT, 1992. p. 59.

Outrossim, não pode e não deve o legislador (e os demais atores do fabrico de leis) tomar como irrespondíveis os argumentos de parte da doutrina que postula em favor da descriminalização das providências protetivas do meio ambiente. Ou seja, que os problemas gerados pela interação desastrosa do homem com o meio ambiente não precisam ser levados às cortes criminais de julgamento, posto que podem ser solvidos no âmbito extrapenal. Existem vozes autorizadas que defendem esse absenteísmo, a exemplo de Paulo de Sousa Mendes²⁰⁵, para quem a falta de plasticidade do Direito Penal termina por inibir uma eficaz proteção dos bens ambientais, que melhormente ficarão acolhidos nas ramas extrapenais do Direito.

Também Dani Rudnicki e Salo de Carvalho²⁰⁶ opinam pela inservibilidade do Direito Penal para tutelar o meio ambiente, afirmando que: “Modernas políticas ecológicas devem se voltar no sentido de inserir a proteção ecológica no que se convencionou chamar de direito penal administrativo, secundário ou especial. Excluindo o penal/carcerário. Deixando a preservação da natureza a cargo do direito civil, administrativo e/ou fiscal.”.

Dois registros sobre a opinião de Dani Rudnicki e Salo de Carvalho, salientando que o escrito data de 1997, antes, pois, da edição de Lei 9.605/98. O que os autores pregam como “Direito Penal Administrativo” parece ser, em verdade, um Direito Administrativo Penal, ou seja, uma área do Direito Administrativo encarregada de aplicar sanções aos praticantes de infrações que não se subsumam a tipos penais, mas sim a “tipos” administrativos. Decorreria do poder de polícia do Estado e não da criminalização de condutas marcadas pelo garantismo penal, com todos os mecanismos assecuratórios da cidadania que essa cláusula contém. Em suma, entendem que o Direito Administrativo é

²⁰⁵ MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o direito penal do ambiente?. *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*. pp. 386-387, Porto: Invulgar Artes Gráficas, 1996.

²⁰⁶ RUDNICKI, Dani, CARVALHO, Salo de. Política de tutela ambiental: Proposta de debate ao texto de Bechara. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n.53, p. 15, abril 1997.

suficiente para cuidar do bem jurídico ambiental, não havendo necessidade da inserção do Direito Penal nessa área.

Tecendo comentários acerca da imprescindibilidade da atuação do Direito Penal em matéria ambiental, mesmo que em *ultima ratio*, obedecendo ao princípio da intervenção mínima, Vladimir Passos de Freitas²⁰⁷ diz:

No entanto, é preciso que a avaliação da necessidade do Direito Ambiental Penal seja feita com os olhos postos na realidade. Ele, certamente, não é necessário em países desenvolvidos, com boa distribuição de renda e órgãos administrativos bem estruturados. Finlândia, por exemplo, que é considerado o país menos corrupto do mundo. Em outras palavras, a realidade local é que dita a prevalência da tutela do Direito. Nos Estados Unidos ela se dá mais na esfera administrativa, onde a ação da *Environmental Police Agency – EPA* é efetiva e poucos casos são levados ao Poder Judiciário. Na Argentina a legislação civil é adotada com firmeza pelos Tribunais e assume o papel principal na proteção do meio ambiente. O Uruguai, com pouco mais do que 3 milhões de habitantes, resolve seus problemas com ênfase na atuação administrativa, toda ela baseada na Lei nº 17.283, de 28.11.2000.

Assim, pode ser até plausível a tutela exclusivamente extra-penal para o meio ambiente, mas em sistemas oficiais eficientemente aparelhados para tanto, situação que beira a utopia. De lembrar-se que em países altamente desenvolvidos e historicamente estruturados em termos institucionais, como é o caso da França, a máquina administrativa não teve forças suficientes para coibir os abusos ambientais, circunstância que levou à edição de dispositivo próprio no corpo do novo Código Penal, em vigor a partir de 01 de março de 1994, prevendo a responsabilização de pessoas morais.

O receio da desproporção entre a vulnerabilidade e a sensibilidade dos bens ambientais e os métodos de agressão desenvolvidos e praticados pelo homem da sociedade pós-industrial operou uma profunda revisão de conceitos no mundo da doutrina jurídica, havendo pregações bastante fortes em prol do distanciamento dos parâmetros clássicos para a criação de tipos penais protetores do ambiente, em afinação com o discurso de Winfried

²⁰⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. *A contribuição da Lei dos Crimes Ambientais na defesa do meio ambiente*. Disponível na Internet: http://aplicext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/ambiental2006/VladimirPassosdeFreitas.doc?PHPSESSID=b53f3177049f3f729064079dc01d0a2f [22.03.2006].

Hassemer²⁰⁸, conclamador de uma intervenção rápida do Direito Penal no terreno da chamada criminalidade moderna (nesta incluída a que atenta contra o meio ambiente), mesmo em atropelo ao princípio da *ultima ratio*, que em casos como tais é simplesmente cancelado, “para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.”.

Parece-nos um tanto alarmista a posição defendida por Winfried Hassemer, mesmo diante da inquestionável vulnerabilidade dos bens ambientais. Nada ou muito pouco custará a atenção, pelo legislador, à essência do princípio da intervenção mínima, segundo o qual somente depois de exauridas as possibilidades de proteção do bem jurídico por outra rama do Direito (ou mesmo por outro segmento oficial ou social) é que deve intervir o Direito Penal.

Temperamento é o indicativo para a manutenção do prestígio do Direito Penal na formulação dos seus tipos que, por seu turno, devem obter bons resultados sociais, desde a sua imposição (missão preventiva) até a sua efetiva aplicação (missão repressiva). Para tanto, é de boa medida a observação de Cezar Roberto Bitencourt²⁰⁹, de que o princípio da mínima intervenção (*ultima ratio*) orienta e limita o poder incriminador do Estado, indicando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Aliás, é também de Cezar Roberto Bitencourt²¹⁰ a afirmação de que não se questiona a necessidade de o Direito Penal manter-se ligado às mudanças sociais “respondendo adequadamente às interrogações de hoje, sem retroceder ao dogmatismo hermético de ontem. Quando a sua intervenção se justificar deve responder

²⁰⁸ HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 48.

²⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à penas de prisão - Lei 9.099 de 26.09.95*. 2ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1996. p. 37.

²¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora RT, 1999. p. 66.

eficazmente. A questão decisiva, porém, será de quanto de sua tradição e de suas garantias o Direito Penal deverá abrir mão a fim de manter essa atualidade.”.

Não é razoável que a resposta dada ao questionamento supra seja no sentido de uma total reversão do modelo penal clássico, para ceder lugar a um arrojado projeto de tutela penal fulcrada em paradigmas não testados e de futuro incerto. Com efeito, o só aparecimento (ou o destaque) de bens jurídicos que estavam fora do alcance do Direito Penal, a exemplo do meio ambiente, não é justificativa plausível para uma revolução em conceitos e valores, especialmente pelo risco que a sociedade correria de ficar órfã do modelo tradicional de proteção jurídico-penal e não ter um substituto à altura, em termos de eficiência. Demonstra maior razoabilidade o surgimento e a adoção de um *tertius*, aproveitando os acertos do modo clássico de proteção penal e nele inserindo as transformações reclamadas pela nova realidade social, berçário desses bens jurídicos emergentes.

Tanto é assim que Francisco Muñoz Conde²¹¹, ao enfrentar as inovações reclamadas no Projeto de Código Penal Espanhol de 1994 para os delitos contra a ordem sócio-econômica (irmãos, em modernidade, dos delitos ambientais e dos delitos contra as relações de consumo, por exemplo), diz que se com a legislação já existente for possível a regulamentação penal da questão, tudo bem (“miel sobre hojuelas” é a expressão usada...). Mas, se necessário for a criação de algum tipo delitivo de novo cunho, que se faça sem perder de vista a identificação de um bem jurídico determinado e a tipificação do comportamento que possa afetá-lo, com uma técnica legislativa que permita a incriminação penal somente do comportamento doloso ou, em casos excepcionais, modalidade imprudente que efetivamente lesione ou ponha em perigo concreto o bem jurídico previamente identificado.

²¹¹ CONDE, Francisco Muñoz. Principios policriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, ano 3, n. 11, pp. 7-20, jul./dez. 1995. p. 11.

Aliás, é de Francisco Muñoz Conde²¹², também, a informação de que para temas de índole ambiental existe uma tendência à mitigação de dogmas penais, como o da legalidade estrita, em prol de um pragmatismo reinante no Direito Penal de Portugal e de Espanha, inclusive com o manejo de normas penais em branco, que permitem uma maior flexibilização e aplicabilidade dos preceitos criminais. Assim, os conceitos vagos e as cláusulas gerais de interpretação difícil “deixam na penumbra os limites entre os comportamentos delitivos e os que restam fora da tipicidade, permitindo ao aplicador da lei uma gama de atribuições que mitigam o princípio da legalidade.”²¹³.

No entanto, Ney de Barros Bello Filho²¹⁴ adverte que é preciso moderação na leitura das sugestões de Francisco Muñoz Conde e buscar um meio termo, onde a especificidade de um bem jurídico garanta a evolução do Direito Penal, sem que isto implique no desfazimento de toda uma realidade que teve o mérito de libertar esse ramo jurídico da casuística autoritária que atentava contra a segurança jurídica, pois, se de um lado a evolução do Direito Penal, mitigando dogmas e conceitos, pode significar uma proteção mais eficaz do bem jurídico ambiental, pode, por outro ângulo, diluir a segurança jurídica, que é uma conquista que não se pode desprezar. E assim, a mencionada flexibilização, “admitindo-se a existência de um direito penal difuso, não pode ser vetor da mitigação da segurança jurídica.”.

O certo é que não é pequeno o desafio posto a quem trabalha com o Direito, diante da preciosidade do bem jurídico ambiental, valendo aqui a orientação de Gilberto Passos de Freitas²¹⁵, advertindo que quando do manejo de bem jurídico difuso, como o ambiental, “alguns conceitos e princípios consagrados no direito penal tradicional a ele não se

²¹² CONDE, Francisco Muñoz. La protección del medio ambiente em el nuevo Código Penal Español. Apud BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade Penal Ambiental no Brasil. *Revista da AJUFE – Estudos em homenagem a Jesus Costa Lima e Hugo de Brito Machado – 16º Encontro Nacional de Juízes Federais*. Brasília, Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, 1999. p. 290.

²¹³ BELLO FILHO, Ney de Barros. op. cit., p. 290.

²¹⁴ ob. cit., p. 291.

²¹⁵ FREITAS, Gilberto Passos de. *Aspectos penais da poluição sonora*. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito. São Paulo, 2000. p. 152.

aplicam ou, se aplicados, devem se amoldar às especificidades e aos princípios de direito ambiental. Note-se que, em sede de tais delitos, não se mostra suficiente apenas o conhecimento das regras gerais inseridas no Código Penal.”.

6.2. A responsabilidade penal em matéria ambiental.

O assunto merecedor de destaque neste passo da análise diz respeito à responsabilidade penal da prática de atos que investem contra o meio ambiente. Comporta-se esta nos limites do chamado Direito Penal “clássico” ou reclama inovações, a exemplo do que ocorre na construção dos tipos voltados a essa nova realidade ecológica? A resposta é positiva, mercê dos novos paradigmas de exigência da sociedade a propósito da tutela destinada a bens tão sensíveis como os que se encartam na esfera ambiental.

A primeira inovação que exige realce é pertinente ao impacto gerado no universo jurídico brasileiro com a edição da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que veio a estabelecer normas de proteção administrativa e, sobretudo, penal, para os bens ambientais.

Pois bem. O art. 2º do referido diploma²¹⁶ teve o condão de consolidar, com a sua dicção, o dogma já estabelecido no Código Penal Brasileiro, art. 29²¹⁷, representado pela extensão da responsabilidade criminal para toda pessoa que concorra, de uma forma ou de outra, para a realização da prática criminosa. Mas não ficou somente nisso. Alargou o espectro dessa responsabilização, para albergar também outros colaboradores do delito, desconsiderando a relação material causa-efeito como a única apta a definir a

²¹⁶ “Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.”

²¹⁷ “Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.”.

responsabilidade criminal e prestigiando a inovação segundo a qual passam também a ser responsáveis pelo evento criminoso aqueles que poderiam impedir o resultado, mas por alguma razão (ou sem estas) deixaram de fazê-lo, conforme lembra Ney de Barros Bello Filho²¹⁸.

Não se cuida, nesta quadra, da responsabilidade penal da pessoa jurídica, tarefa adiada para outra parte do ensaio. Centra-se a análise nas inovações carreadas ao sistema penal brasileiro no que diz respeito à responsabilidade criminal da pessoa física, por ilícitos ambientais.

Com olhos para o art. 2º em comento, critica-se a inserção de um rol de agentes que, ao menos potencialmente, podem praticar crime contra o meio ambiente, ainda que em colaboração efetiva diante da omissão de coibir a conduta – digamos – principal. Dizem Paulo José da Costa Júnior e Édis Milaré²¹⁹ que a lei não deve conter palavras inúteis, sendo, portanto, despicienda a mencionada nominata, já que seria bastante que o preceito “se houvesse referido ao componente ou integrante da pessoa jurídica o qual, ciente da conduta criminosa de outrem, não impedisse a sua prática, podendo ou devendo evitá-la.”.

Neste particular têm razão os autores. Com efeito, a lei poderia ser mais sintética, evitando questionamentos tais como se o rol é exemplificativo (o que para nós é verdade) ou exaustivo.

Outro ponto sobre o qual se debruçam os logo acima mencionados autores²²⁰ diz respeito ao fato de uma norma genérica, como o art. 2º da Lei 9.605/98 (está logo no pórtilo do diploma, traçando diretrizes gerais deste), haver abrigado uma modalidade especial de delito omissivo próprio, sem o correspondente tipo legal. Aí, com o merecido respeito, parece ter havido excesso na crítica. Com efeito, a norma genérica não pretendeu e

²¹⁸Ob. cit. p. 287.

²¹⁹ MILARÉ, Édis. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal Ambiental*. Campinas, Milenium Editora, 2002. p. 40.

²²⁰ ob.cit., p. 40.

não criou crime (como não poderia fazê-lo), não sendo obrigado ao legislador inserir, já nesse ponto, uma “pena correspondente” e assim resgatar o respeito ao princípio da legalidade (Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIX). O que ocorre é um elastério do que dispõe o art. 29 do Código Penal (positivação da teoria monista), para incluir os gestores (nos diversos níveis) da pessoa jurídica, que atuam como garantes da atuação do ente moral. Ao contrário da eiva de atecnia, laborou com acerto o legislador, estatuidando, de forma bastante clara, essa extensão da responsabilidade penal e, fazendo-o logo no intróito da lei, evitou repetições cansativas no texto do diploma, mais especificamente nos crimes em espécie.

Assim, em apertada abordagem, tem-se que a responsabilidade criminal pelos atos que atentam contra o meio ambiente está prevista para: o agente principal (sujeito ativo imediato), o co-autor (que pratica, geralmente em comissão, o ato infracional, conjuntamente ao agente principal), o colaborador ou partícipe²²¹ (autor mediato, mas que nem por isso fica ausente do cenário criminoso e exposto à punição, mercê da primeira parte do art. 2º da Lei 9.605/98), a pessoa jurídica (Lei 9.605/98, art. 3º) e os garantes do funcionamento desta (diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário)²²².

²²¹ “PENAL – PROCESSO PENAL – RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA – CRIME AMBIENTAL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – RECURSO IMPROVIDO. Falta justa causa à ação penal proposta contra pessoa jurídica a quem é atribuída prática de crime ambiental definido na Lei 9.605/98. Para sujeitar a pessoa jurídica à medida penal prevista nos arts. 21 a 24 da Lei 9.605/98 é preciso que o representante legal ou estatutário da empresa questionada tenha sido acusado do cometimento de crime ambiental, a ação penal julgada procedente e estabelecida a relação causal prevista em seu art. 3º. Rejeição da denúncia que desatende tal exigência mantida.” (BRASIL. TJRS, 4.ª Câm. Crim., RESE 70003995768, rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. 31.10.2002, DJ 03.02.2003).

²²² Exigida é a clareza na acusação dirigida às pessoas físicas apontadas como atuantes em concurso. Veja-se a jurisprudência: “CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO PENAL AMBIENTAL. AMPLA DEFESA. DENÚNCIA INEPTA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INCISO LV. CPP, ART. 41. LEI 9.605/1998, ARTS. 40 E 55, TENTATIVA DE EXTRAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS. DANO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. 1. Estando a responsabilidade penal das pessoas jurídicas prevista no art. 225, § 3º da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 9.605/1998, descabe criar interpretações destinadas a reconhecer como inconstitucional o que a Constituição criou, pois é vedado ao juiz substituir-se à vontade do constituinte e do legislador, ainda que dela possa discordar. 2. As pessoas jurídicas podem ser processadas por crime ambiental, todavia, a denúncia deve mencionar que ação ou omissão foi fruto de decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, ainda que esta decisão tenha sido informal ou implícita. 3. Os consórcios são mera união de pessoas jurídicas e, por não terem personalidade jurídica, não respondem por crimes ambientais praticados por suas componentes, seus representantes ou empregados. 4. É inepta a denúncia que de forma genérica e sem especificar a ação ou omissão de cada denunciado, três pessoas

Nota-se uma clara tendência para que os crimes ambientais sejam praticados em concurso de pessoas, mercê das suas próprias peculiaridades (dificuldade de cometimento isolado das condutas atentatórias ao meio ambiente e largo espectro dos seus efeitos), na linha do que observa Roque de Brito Alves²²³: “É fenômeno universal no mundo contemporâneo que a criminalidade seja cada vez mais associada, produto da ação ou da colaboração de várias pessoas, mesmo naqueles delitos que não sejam, por si mesmos, tecnicamente de concurso necessário de agentes.”. Mais adiante, tecendo considerações de ordem criminológica sobre a associação para o cometimento de delitos nos tempos atuais, Roque de Brito Alves²²⁴ enfatiza que “cientificamente a delinquência é cada vez mais urbana nos nossos dias, com importante problema jurídico-penal, sobretudo nas grandes cidades, é visível ou inegável a existência da denominada participação criminal.”.

Não existe razão, noutro passo, para ser dito que o dirigente (ou assemelhado) da pessoa jurídica somente estará vinculado ao delito quando tiver a obrigação específica de impedir a sua prática, não bastando a recomendação genérica para que realize o atalho. Em verdade, o tipo genérico do art. 2º apenas requer que essas pessoas, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixam de impedi-la, quando podiam agir para evitá-la. Somente.

De lembrar-se que o já mencionado art. 2º uniu, por pragmatismo, o monismo consagrado no art. 29 do Código Penal (quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade), à relevância da omissão traçada no art. 13, § 2º, do mesmo Código (“A omissão é relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado”). E nem por isso se diz que estão

jurídicas e oito pessoas físicas, atribui-lhes a prática de crimes ambientais sem levar em conta se o Departamento Nacional de Produção Mineral deu ou não autorização para os acusados explorarem recursos minerais e sem especificar que tipo de unidade de conservação foi atingida, de que forma, e a serviço de que pessoa jurídica agiram.”. BRASIL. TRF 4.ª R., 7.ª T., AMS 2002.04.01.054936-2/SC, rel. Des. Federal Vladimir Freitas, j. 25.02.2003.

²²³ ALVES, Roque de Brito. *Estudos de ciência criminal*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1993. p. 281.

²²⁴ Ob. op. cit., p. 281.

cancelados os demais dispositivos do Código Penal que tratam da omissão como forma de conduta criminosa.

Boa é a leitura de Ney de Barros Bello Filho²²⁵, afirmando que, decorrente do artigo 2º da Lei 9.605/98, surgem como requisitos para a fixação da responsabilidade dos agentes, o nexó de causalidade entre a conduta e o resultado, além de uma ligação subjetiva entre esses mesmos agentes, acrescentando que “a postura de silêncio em relação a um crime ambiental não torna o observador um partícipe ou responsável, a não ser que haja o dever jurídico de evitar o resultado, o que surge de uma obrigação legal”. E mais adiante²²⁶ o referido autor ressalta a posição de garante atribuída aos arrolados no art. 2º em baila, da atitude ecologicamente correta da empresa, pois tendo esse garantidor uma “posição de mando na pessoa jurídica, passa a ser o responsável. A norma atribui a eles a responsabilidade de evitar o resultado criminoso na medida em que os responsabiliza pela conduta comissiva de empregado ou preposto. É a previsão de crime comissivo por omissão.”

Outro ponto que tem ensejado muita discussão quando o assunto diz respeito a delitos ambientais, tem pertinência com a acusação de lacunosidade que permeia alguns tipos penais usados para a proteção do bem jurídico-ambiental. Registre-se que essa crítica não é apenas dos dias atuais, pois já era manejada quando da integral vigência da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, dispondo sobre a política nacional do meio ambiente e outras providências, inclusive com tipos penais. A norma mais acicatada, acusada de configurar tipo aberto e por isto mesmo em descompasso com o princípio da legalidade insculpido na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIX), foi a do art. 15²²⁷. Contra este artigo voltava-se

²²⁵ Ob. cit., p. 295.

²²⁶ Ob. Cit., p. 298.

²²⁷ Art. 15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. ([Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989](#))

§ 1º A pena é aumentada até o dobro se: ([Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989](#))

I - resultar:

- a) dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente;
- b) lesão corporal grave;

boa parte da doutrina nacional, dizendo que a sua lei havia deixado ao talante do julgador a integração do que seria expor a perigo a “incolumidade humana, animal ou vegetal” ou tornar “mais grave a situação de perigo existente”. Da mesma sorte, caberia ao juiz definir quem seria a “autoridade competente” do § 2º e quais seriam as “medidas tendentes a impedir a prática das condutas”.

Com efeito, falar-se em tipo aberto remete a considerações acerca do princípio da legalidade, já aqui tantas vezes referido e que imperiosamente deve contornar todas as normas de Direito Penal, tomando-se em conta que tal princípio, traduzido no aforismo *nullun crime nulla poena sine lege praevia* está desdobrado em três postulados, a saber: I) o da reserva legal, que diz respeito às fontes das normas penais incriminadoras; II) o da determinação taxativa, que concerne à enunciação dessas normas; III) o da irretroatividade, que trata da validade das normas penais em relação ao tempo. Dentre estes, ressalte-se que o postulado da determinação ou princípio da determinação, também chamado de princípio da certeza ou de mandato de certeza, tem por fito assegurar o respeito e a eficácia do princípio maior da legalidade, evitando o contorno do mesmo, “seja pela utilização de cláusulas genéricas, seja pela utilização de sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo”, como lembra Maurício Antonio Ribeiro Lopes²²⁸, forte em Marcia Dometila De Carvalho.

Não é o que parece acontecer em muitos pontos questionados da vigente legislação ambiental, a exemplo da Lei 9.605/98, art. 29²²⁹, 34 a 36²³⁰, 38²³¹, 45²³² e 55²³³, mercedores da censura de Édis Milaré e Paulo José da Costa Júnior²³⁴, nos seguintes termos:

II - a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte;

III - o crime é praticado durante a noite, em domingo ou em feriado.

§ 2º Incorre no mesmo crime a autoridade competente que deixar de promover as medidas tendentes a impedir a prática das condutas acima descritas. [\(Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989\)](#)

²²⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da Legalidade Penal - Projeções Contemporâneas*, S. Paulo: Editora RT, 1994, pág.128.

²²⁹ “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

Édis Milaré, com a sua proficiência²³⁵, exemplifica:

‘caçar animais silvestres tanto pode ser ilícito penal como fato atípico, porquanto a caça tanto pode ser proibida como permitida, mediante autorização. Se permitida, porém dependente de autorização, o agente será processado não por ter praticado o fato, mas por tê-lo praticado sem antes munir-se da necessária autorização.

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

§ 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

§ 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração;

II - em período proibido à caça;

III - durante a noite;

IV - com abuso de licença;

V - em unidade de conservação;

VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

§ 5º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.

§ 6º As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca.”.

²³⁰ “Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

Art. 35. Pescar mediante a utilização de:

I - explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;

II - substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente:

Pena - reclusão de um ano a cinco anos.

Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.”.

²³¹ “Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

²³² “Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais:

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.”

²³³ “Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.”.

²³⁴ Ob. cit., p.37.

²³⁵ A transcrição aqui feita é absolutamente literal.

O mesmo acontece com a pesca, que tanto pode ser um ilícito penal como um fato atípico, dependendo de estar ou não o agente autorizado para tal, e de ter obedecido (se autorizado) às disposições regulamentares respectivas. Assim também o desmatamento ou corte de árvores podem estar ou não autorizados.

Outra não é a situação do que ocorre em relação à poluição. Alguém pode estar agredindo o ambiente através de queimadas, de explosão em pedreiras etc., e não estar cometendo nenhuma infração, seja no campo do Direito Administrativo como do Direito Penal, desde que esteja legal e devidamente autorizado.

Repete-se aqui o argumento já exposto em outros pontos deste ensaio: as peculiaridades do bem jurídico-ambiental exigem novos horizontes por parte do operador do Direito. Tanto que Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz²³⁶ apregoa a necessidade de que se obedeam aos postulados do Direito Ambiental ao lado dos princípios norteadores do Direito Penal e diz que “o direito penal ambiental vai ser fundamentado não só pelos princípios gerais de direito penal (culpabilidade, subsidiariedade etc.), mas também pelos princípios que informam o direito ambiental. Mais do que isso, necessária será uma revisão da tutela criminal clássica ante as necessidades de se efetivar os aludidos princípios, a exemplo do que vem se construindo em sede de responsabilidade civil ambiental”.

Assim, não se vislumbra pecado legislativo nos dispositivos em apreço. Vincular a criminalização de uma conduta à transgressão de uma ordem administrativa incidente sobre um ecossistema tão frágil como o silvestre, representado por sua fauna, nada mais é do que um alargamento da visão do legislador, em atenção, inclusive, ao princípio da intervenção mínima. Destarte, caçar pode ser perfeitamente lícito, desde que praticado sob o controle do Estado, que exerce esse poder de polícia através de “permissão, licença ou autorização da autoridade competente”, conforme dita o caput do art. 29 da Lei 9.605/98. É notório, por exemplo, o grave problema que afligiu o setor rural do Rio Grande do Sul, na última década do século passado, quando milhares de javalis transpuseram a fronteira daquele Estado com o Uruguai, invadindo pastagem e atacando rebanhos, circunstância que levou o

²³⁶ CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. A importância da tutela penal do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, pp. 58 a 99, jul-set 2003. p. 90.

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente a estimular a caça dos referidos animais como forma de controlar a ampliação populacional da espécie²³⁷.

Difícil seria entender-se, em período do pleno prestígio do princípio da mínima intervenção penal, a criminalização da caça a animais silvestre mesmo em período em que esta não configura qualquer ameaça ao desequilíbrio ecológico. Agindo assim, estaria o legislador prestigiando o “mito da natureza intocada”²³⁸, responsável pela ridicularização setorial das ações pró-ambiente.

O mesmo vale para a questão da pesca, já que a ameaça às espécimes ocorre no chamado “período do defeso”, fixado através de normas administrativas, mas orientadas por critérios passados por profissionais das ciências biológicas. Não é razoável imobilizar a tutela estatal sobre bens tão frágeis através de uma legislação sem plasticidade.

Idem em referência ao corte de madeiras. Com efeito, não é do interesse do Direito Ambiental, tampouco do emergente Direito Penal Ambiental, patrocinar um imobilismo da flora, livrando-a do manejo economicamente sustentável. Isto afronta a razoabilidade que liga o art. 170, VI²³⁹ ao art. 225²⁴⁰, ambos da Constituição de 1988 e também discorda do princípio da mínima intervenção penal.

²³⁷ Em reportagem assinada por Jaime Lucas na Revista Globo Rural (Rio de Janeiro: Editora Globo, julho de 2004), com retranca “Meio Ambiente”, sob o título *Controle a ferro e fogo* e com a suma “A caçada foi o jeito encontrado pelo Ibama para estancar a multiplicação do javali no Rio Grande do Sul, onde o bicho virou uma praga que ataca plantações e rebanhos”, é dito que “para os agricultores e pecuaristas da região, o abate dos javalis é uma forma de proteger o patrimônio. Os animais destroem lavouras e pastagens, além da vegetação nativa. “A proliferação descontrolada do javali se tornou um sério problema ambiental. A caça tem sido a única maneira de evitar que a população continue crescendo geometricamente”, diz Scherezino Barbosa Scherer, biólogo do Ibama - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, em Porto Alegre. Scherer vistoria as matilhas de cães, e muitas vezes acompanha as caçadas. O Ibama liberou, no início de abril, a caça ao animal em 16 municípios gaúchos, principalmente no sul do estado, na serra e alguns municípios próximos de Porto Alegre.”. LUCAS, Jaime. Controle a ferro e fogo. *Revista Globo Rural*, edição de jul/2004. Disponível na Internet <http://revistagloborural.globo.com/GloboRural/0,6993,EEC753574-1641,00.html> [26.03.2006].

²³⁸ A propósito, v. DIEGUES, Antonio Carlos S. *O Mito Moderno da Natureza Intocada*. 2ª ed. São Paulo, Ed. Hucitec, 1998. p.53.

²³⁹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003](#))”.

A mesma solução no que diz respeito às condutas criminalizadas nos artigos 45 e 55 da Lei 9.605/98. Sobre esse dispositivo podem até ser dirigidas outras críticas. Entretanto, penso que há equívoco na acusação de que eles são tipos vagos unicamente porque condicionam a realização de atividades extrativas da flora e de minérios ao controle da Administração Pública (através de licenciamento, *lato sensu*), somente atribuindo pena a quem pratica essas atividades em desacordo com os ditames administrativos (art. 55) ou em descompasso com a lei específica (art. 45).

Só é possível falar-se em “tipo aberto”, em desacordo com o princípio da legalidade, se desatendido for o seu sub-princípio conhecido na doutrina como “postulado da determinação taxativa”. Merece transcrição o entendimento de Luis Luisi:²⁴¹

O postulado em causa expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas ou vagas de modo a

²⁴⁰ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; [\(Regulamento\)](#)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [\(Regulamento\)](#) [\(Regulamento\)](#)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; [\(Regulamento\)](#)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; [\(Regulamento\)](#)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [\(Regulamento\)](#)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. [\(Regulamento\)](#)

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

²⁴¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 18.

ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação de lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correlata e de uma linguagem rigorosa e uniforme.

Não há, portanto, a eiva de “tipo aberto” a macular os dispositivos em análise. Mas isso não quer dizer que em outros passos do ordenamento penal ambiental essa realidade não possa estar presente.

Igualmente não se apregoa um manejo amplo e indiscriminado de tipos penais que busquem integração em outras normas ou mesmo na atuação jurisdicional em concreto. Chama-se atenção, em primeiro momento, para o que realmente significa “tipo aberto” para a doutrina, buscando evitar-se, com isto, que esse rótulo seja apostado facilmente a figuras penais, pelo só fato de não estarem hermeticamente amarradas em uma descrição fechada. Pior será deixar de cobrir com o manto do Direito Penal (atendida a reserva da mínima intervenção) bens jurídicos que careçam dessa proteção, apenas por receio de magoar setores mais formais da doutrina.

Lembra Vladimir Passos de Freitas²⁴² que muitos delitos ambientais são tipificados em normas abertas ou em branco, mas isso decorre da necessidade que existe de prestigiar as observações de especialistas de outras áreas do conhecimento²⁴³. E justifica: “Portanto, biólogos, engenheiros florestais, geólogos, químicos, oceanógrafos e outros profissionais acabam definindo condutas que são elevadas à categoria de crimes ambientais. E isto nem sempre é feito com a técnica necessária.”.

²⁴² FREITAS, Vladimir Passos de. *A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente*. Disponível na Internet: http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/ambiental2006/VladimirPassosdeFreitas.doc?PHPSESSID=b53f3177049f3f729064079dc01d0a2f [12.03.2006].

²⁴³ Aí reside uma das mais importantes e úteis características do Direito Ambiental e do Direito Penal Ambiental, que é a interdisciplinariedade, assunto que já foi por nós abordado, assim: “A *multidisciplinariedade* constitui um conglomerado de ciências que dá base instrumental (especialmente doutrinária) ao Direito Ambiental e ao seu decorrente Direito Penal Ambiental. Assim, no âmbito da especialização aqui comentada, quiçá em decorrência da interdisciplinariedade atrás comentada, estão presentes vertentes da Economia, da Sociologia, da Biologia, da Física e de outras ciências já mencionadas, todas elas com a sua face mais adequada ao jurídico. Essa multidisciplinariedade oferece aos operadores do Direito Ambiental e do Direito Penal Ambiental um entendimento dialético do teor social do desenvolvimento e do futuro do homem no espaço que o rodeia.”. (CARVALHO, Ivan Lira de. *Contribuição para a sistematização de um Direito Penal Ambiental*. Monografia apresentada para a consecução do título de Mestre junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1999. 124 p. (pág. 28 a 29).

Algum pecado em serem tomadas, pelo legislador, as opiniões de expertos que convivem diariamente com os impasses ambientais? Nenhum. Tanto se prestigia a interdisciplinariedade acima referida, como se põe em prática o espírito da norma constitucional passada no artigo 14, III, em combinata com o artigo 61, § 2º, ambos da Carta Política de 1988, que estabelece a iniciativa popular como uma das formas de exercício da soberania da Nação, inclusive através da produção legislativa. Ora, se um percentual de cidadãos pode apresentar, *sponte sua*, um projeto de lei ao Parlamento Nacional, por qual razão esse mesmo Parlamento vai olvidar a opinião abalizada de técnicos que convivem de perto com a problemática ambiental e que têm formação profissional adequada para lidar com referidas questões?

Volvendo ao cerne da problemática dos tipos abertos, lembra Francisco de Assis Toledo²⁴⁴ que a exigência de lei certa diz respeito à clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem “abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios.”. Vê-se, da lição de Assis Toledo, que não devem ser tolerados o “abuso do emprego” de normas “muito gerais” e de tipos incriminadores “genéricos” e “vazios”. Pois, mesmo com o autorizativo ético de flexibilizar o fechamento dos tipos penais respeitantes ao meio ambiente, o legislador de 1988 assim não agiu – pelo menos nos dispositivos acima comentados – dêis que sobre eles não cabem os qualificativos de “muito gerais”, “genéricos”, “vazios” ou abusivos.

Outro que assim explica a matéria tipos penais abertos é René Ariel Dotti²⁴⁵, quando diz: “A opinião dominante rechaça a teoria dos tipos abertos e reprova o abuso que o legislador comete ao se exceder na previsão de tais normas”. Novamente o esclarecimento de que o reprovável é o abuso e o excedimento na produção de normas com essa característica. Por sinal, sem imputar-lhes a pecha de inconstitucionais ou de imprestáveis, René Ariel Dotti

²⁴⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª. edição. São Paulo, Saraiva. 1991. p. 29.

²⁴⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense, 2002. pp. 60 a 61.

arrola como casos de tipos penais abertos no vigente ordenamento penal brasileiros, os seguintes: a) crimes culposos (CP, art. 18, II; art. 121, § 3º; art. 129, § 6º; art. 180, § 1º; e 250, § 2º, dentre outros); b) os crimes comissivos por omissão (CP, art. 13, § 2º); c) dos crimes cujo preceito se refere à ilicitude “com o emprego de expressões ou vocábulos como ‘contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito’ (CP, art. 150); ‘indevidamente’ (CP, arts 151; 151, § 1º, I e II); ‘sem justa causa’ (CP, arts. 153 e 154); ‘sem consentimento de quem de direito’ (CP, art. 164); ‘sem a necessária autorização’ (Lei nº 6.453/77, art. 20), etc.”.

É de ser repetido que o chamado Direito Penal “clássico” admite, com moderação, o uso de tipos penais flexibilizados (ou “abertos”, conforme nomina a maioria da doutrina). Com maior razão, portanto, tendo em vista as peculiares do bem jurídico que protege, que esses tipos flexíveis sejam acolhidos, com normalidade, no âmbito do Direito Penal Ambiental, desde que não configurem prática abusiva.

Outro tipo penal bastante controvertido em sede doutrinária é aquele que contempla norma penal em branco. São estas definidas por Francisco de Assis Toledo²⁴⁶ como as que estabelecem a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas, “normais, regulamentares ou administrativas”.

Tendo sob a vista a Lei 9.605, Édís Milaré e Paulo José da Costa Júnior²⁴⁷ apontam um vasto número de dispositivos da referida lei que, para se perfectibilizarem como tipo penal, dependem da integração “em outros dispositivos legais, inclusive de natureza extrapenal”. E arrolam os casos do art. 29, § 4º, I e II; 34, caput e parágrafo único, I e II; art. 35, I e II; art. 37; art. 38; art. 45; art. 50; art. 52 e art. 56.

De fato. Em um diploma que contém trinta e um artigos que comportam tipos penais, um rol como o acima elaborado pelos mencionados autores bem demonstra uma proporção preocupante. Com efeito, o manejo da técnica da norma penal em branco não

²⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª. edição. São Paulo, Saraiva. 1991. pp. 42-43.

²⁴⁷ Ob. cit., pp. 35 e 36.

significa heresia legislativa. Existem temas que podem perfeitamente ser criminalizados com tipos certos e fechados. Mas existem assuntos que só conseguem uma eficiente criminalização se forem tratados em dispositivos relativamente plásticos, carecedores de uma perfeita integração com normas oriundas de outros dispositivos legais ou de normas de outra origem, é dizer, de matiz administrativo. Assim, por exemplo, a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre “medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências”, teria aplicação muito débil se não fosse a técnica de norma penal em branco adotada na sua confecção, especificamente nos artigos 12 a 16²⁴⁸, que reclamam um rol das

²⁴⁸ “Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, indevidamente:

I - importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 2º Nas mesmas penas incorre, ainda, quem:

I - induz, instiga ou auxilia alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II - utiliza local de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, para uso indevido ou tráfico ilícito de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

III - contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico ilícito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 15. Prescrever ou ministrar culposamente, o médico, dentista, farmacêutico ou profissional de enfermagem substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, em dose evidentemente maior que a necessária ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 30 (trinta) a 100 (cem) dias-multa.

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.”

substâncias tidas como entorpecentes ou causadoras de dependência física ou psíquica, elaborado e permanentemente atualizado no âmbito da administração pública.

Não se questiona, como já dito, a validade da norma penal em branco para emprestar efetividade a dispositivos criminalizantes, desde que não haja outro caminho legislativo mais seguro. É exceção à visão clássica do princípio da legalidade estrita, pelo seu postulado da *lex certa*. Porém, a exemplo do que acontece com o tipo penal aberto, não deve ser tolerada a exacerbada quantidade de normas desse tipo em áreas do Direito Penal, sob pena de agressão ao garantismo.

Bem válida, neste passo, a observação feita por Nilo Batista²⁴⁹ a propósito de que no seio da doutrina que se ocupa do princípio da legalidade, a questão das normas penais em branco é analisada sob o crivo da “reserva absoluta” e da “reserva relativa” de lei, sendo que a primeira corrente não admite tal tipo de normas no Direito Penal e a segunda, mais maleável, aceita com temperamentos. Diz Nilo Batista que esta última corrente dá costas ao monopólio do Poder Legislativo em matéria penal, admitindo que a proibição pode ser parcialmente definida em outras fontes de produção normativa, desde que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento. E completa: “A constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga²⁵⁰ seria discutível à luz da reserva absoluta da lei. Em todo caso, como ensina Petrocelli, o complemento administrativo que passa a

²⁴⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Renavan, 1996. pp. 73-74.

²⁵⁰ Explica Nilo Batista: “Chamam-se normas penais em branco aquelas nas quais a conduta incriminada não está integralmente descrita, necessitando de uma complementação que se apresenta em outro dispositivo de lei (complementação homóloga), seja da própria lei penal (complementação homóloga homovitelina), seja de lei diversa (complementação homóloga heterovitelina), ou em fontes de hierarquia constitucional inferior, como o ato administrativo, ou a lei estadual ou municipal (complementação eteróloga). Foi o penalista alemão Karl Binding quem, dentro do seu projeto teórico de remeter a lei penal a um conjunto de normas distintas do próprio ordenamento jurídico-penal, empreendeu a primeira teorização importante a respeito de tais normas, cunhando-lhes a designação que, levemente alterada, ainda perdura (*Blankettstrafgesetz*), e ainda formulando a seu respeito uma famosa expressão: dizia ele que, sem a proibição do completo da norma, a lei penal parecia um corpo errante que busca sua alma (ein irrender Körper seine Seele sucht).” op. cit., pp. 73-74.

integrar uma norma penal está sujeito a todas as exigências que derivam do princípio da legalidade: o contrário significa violação do próprio princípio”.

Vê-se aqui, portanto, que não há uma censura frontal pela mais abalizada doutrina à presença das normas penais em branco no ordenamento penal. Existe, sim, um sentimento de cautela, para que essas normas não sejam produzidas desmedidamente, de sorte a comprometer, por hipertrofia, o princípio da legalidade.

Assim, ainda que essa seja uma fórmula pouco desejável no Direito Penal clássico, é imperativo admiti-la com razoável ocorrência no Direito Penal Ambiental, em razão do embasamento das normas deste ramo nas informações passadas pela natureza e pela tecnologia via normas administrativas.

Entretanto, essa integração normativa deve ser operada com rigor e clara demonstração de imprescindibilidade, tanto em homenagem ao princípio da legalidade, como em atenção ao princípio da *ultima ratio*. E a edição de normas como tais deve ser feita com obediência a certos requisitos, contendo a norma principal ao menos o essencial da conduta, de modo que não possa confundir-se com outra, não devendo também ser tolerada a integração com mais de uma norma externa²⁵¹, sob pena de ferida ao princípio da certeza da lei penal.

Afirma ainda Israel Hernández Pozo²⁵², que assim como no Direito Penal a regra é a norma perfeita ou unívoca e a exceção a norma penal em branco, no Direito Penal Ambiental acontece justamente o contrário: a regra é a norma penal em branco e a exceção é a norma perfeita, tal é a especificidade desta rama. Com o devido respeito, não podemos concordar com a peremptoriedade dessa afirmação. Cremos que a moderação é a tônica, colhendo a lição de Francisco de Assis Toledo²⁵³, de que “não se deve adotar um pensamento

²⁵¹ POZO, Israel Hernández. *Importancia de la protección penal del medio ambiente*. Disponível na Internet: http://www.medioambiente.cu/revistama/8_02.asp [21.03.2006].

²⁵² Ob. cit.

²⁵³ Ob. cit., p. 43.

radical, que, em direito penal, quase sempre não é o melhor”. Assim, o respeito ao princípio da legalidade estrita como regra, aliado ao princípio da mínima intervenção, parece ser um bom indicativo para que se tenha uma produção legislativa eficaz e eficiente no âmbito do Direito Penal Ambiental. Nessa linha, somente quando não for possível a edição de norma penal nos moldes tradicionais (ela própria contendo a sanção e o preceito suficientemente claros e bastantes em si mesmos) é que deve o legislador recorrer à norma penal em branco.

Mas não deve o legislador intimidar-se, diante de arroubos doutrinários mais conservadores e distanciados das reais necessidades do bem jurídico ambiental, omitindo-se, assim, de produzir normas penais protetoras desses bens, apenas por temor infundado de críticas. Se há duas décadas talvez fosse essa a realidade, atualmente não é assim que se configura o mundo dos fatos diante do Direito. Àquela época ainda não tinham perfil bem desenhado o Direito do Consumidor, o Direito Econômico e o Direito Ambiental, imagine a versão penal desses ramos! Não havia uma consciência, no universo do Direito, do bem jurídico difuso. Não se tinha idéia da multidisciplinariedade que dá tônica à busca de soluções para as questões ambientais. Logo, difícil entender a necessidade de tantas normas penais em branco. Entre deixar sem proteção penal os bens jurídicos ambientais e produzir normas penais realmente necessárias para esses bens, ainda que tenha de fazê-las na modalidade “em branco”, deve o legislador marcar a segunda opção.

6.3. A pessoa jurídica delinqüente.

6.3.1. Primeiras considerações sobre o controvertido tema.

Muito mais do que aventurar-se em elogios desmedidos ou em ataques inconseqüentes, neste ponto o estudo será dedicado às controvérsias reinantes acerca da

responsabilização penal das pessoas morais, com pontuais sugestões de correção ou de acatamento das análises já existentes acerca do tema. Há a pretensão de ser feito um breve levantamento histórico dos precedentes no direito estrangeiro, desaguando no tratamento dispensado ao assunto no universo jurídico nacional, indo-se da previsão constitucional (CF, art. 225, § 3º) ao pioneirismo da Lei 9.605/98.

A Constituição Federal de 1988 previu a hipótese de responsabilização penal das pessoas jurídicas, conforme está no art. 225, § 3º. A matéria (política ambiental) era regida, à época da promulgação da Carta, pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, hoje parcialmente revogada pela Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. O art. 15 do diploma mais antigo criminalizava a conduta do poluidor²⁵⁴, mas a sua validade para incriminar pessoas jurídicas nunca foi pacífica. Mesmo os que entendiam ser o comando constitucional do art. 225, § 3º introdutor dessa nova feição de responsabilidade criminal coletiva, achavam que ainda não existia penalidade adequada para os entes coletivos.

Assim, sob a égide plena da Lei 6.938/81, no entendimento de Gilberto Passos de Freitas e de Vladimir Passos de Freitas²⁵⁵, sujeito ativo do crime do art. 15 do referido diploma era “o poluidor, na forma definida no art. 3º, inc. IV, da Lei 6.938/81. Vale dizer, toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.”.

²⁵⁴ “Art. 15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave a situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de um a três anos e multa de 100 a 1.000 MVR.

§ 1º . A pena é aumentada até o dobro se:

I - resultar:

a) dano irreversível à fauna, à flora e ao meio ambiente;

b) lesão corporal grave;

II - a poluição é decorrente de atividade industrial ou de transporte;

III - o crime é praticado durante a noite, em domingo ou feriado.

§ 2º . Incorre no mesmo crime a autoridade competente que deixar de promover as medidas tendentes a impedir a prática das condutas acima descritas.”.

²⁵⁵ *Crimes contra a natureza*, 5ª edição. São Paulo: Editora RT, 1997, p. 143, com destaque acrescido.

Mais adiante, ponderam os aqui referidos doutrinadores, na primitiva versão da obra “Crimes contra a natureza”²⁵⁶: “Todavia, a pessoa jurídica não pode, ainda, ser objeto de imputação penal, eis que falta lei que discipline a matéria, regulando a forma do processo e impondo sanções. Portanto, o poluidor deve ser pessoa física que realize atividade causadora de degradação ambiental ou agrave a já existente.”.

Defendendo a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, doutrinaram juristas do quilate de Toshio Mukai²⁵⁷, Paulo Affonso Leme Machado²⁵⁸, Gilberto Passos de Freitas e Vladimir Passos de Freitas²⁵⁹, Fernando Antonio Nogueira Galvão da Rocha²⁶⁰, Klaus Tiedemann²⁶¹, Ada Pellegrini Grinover²⁶², João Marcello de Araújo Júnior²⁶³, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos²⁶⁴, Sérgio Salomão Shecaira²⁶⁵, William Terra de Oliveira²⁶⁶, Luiz Antonio Bonat²⁶⁷, Tupinambá Pinto de Azevedo²⁶⁸, Walter Claudius Rothemburg²⁶⁹ e Artur Migliari Júnior²⁷⁰, dentre tantos autores.

²⁵⁶ Ob. e p. op. cit.

²⁵⁷ Direito Ambiental Sistematizado, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 79.

²⁵⁸ Direito Ambiental Brasileiro, 4ª. edição. S. Paulo: Malheiros, 1992, p. 35.

²⁵⁹ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8ª. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 66.

²⁶⁰ ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁶¹ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas em el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.25-45.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.46-50.

²⁶³ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Societas delinquere potest. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.72-94.

²⁶⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.104-130.

²⁶⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Editora RT, 1998.

²⁶⁶ OLIVEIRA, William Terra. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistema de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.160-174..

²⁶⁷ BONAT, Luiz Antonio. Pessoa Jurídica: das penas aplicadas e dosimetria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 75-100.

²⁶⁸ AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 208-240.

²⁶⁹ ROTHEMBURG, Walter Claudius. *A responsabilidade jurídica da pessoa criminoso*. Curitiba, Juruá Editora. 1997.

Contrariamente à responsabilização criminal das pessoas coletivas, alinham-se Luiz Vicente Cernicchiaro²⁷¹, Everardo da Cunha Luna²⁷² José Carlos de Oliveira Robaldo²⁷³, René Ariel Dotti²⁷⁴, Cezar Roberto Bitencourt²⁷⁵, Luiz Regis Prado²⁷⁶ e José Henrique Pierangelli²⁷⁷, exemplificativamente. Regis Prado²⁷⁸ sintetiza essa linha de oposição ao crime de pessoa jurídica: “Tem-se, pois, do ponto de vista dogmático, que a irresponsabilidade penal da pessoa moral radica, essencialmente, na falta dos seguintes elementos: a) *prima facie*, capacidade de ação no sentido estrito do Direito Penal; b) capacidade de culpabilidade; c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena). Assim, ressalta à evidência que a pessoa coletiva não possui consciência e vontade - em sentido psicológico - semelhante à pessoa física. Isto vale dizer: ‘solo el hombre, como individuo, puede ser sujeto activo del delito’²⁷⁹.”.

Continuando na defesa da irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, Luis Régis Prado²⁸⁰ assegura que na atualidade vem-se operando uma fragmentação da propriedade e do controle das grandes empresas, bem assim que é verdade que as pequenas empresas são concentradas nas mãos de uma só pessoa, razões pelas quais as alusões a uma suposta vontade coletiva servem, na verdade, “para esconder, camuflar a vontade das pessoas individuais determinadas que realmente controlam, regem os destinos da pessoa jurídica. É sobre elas que

²⁷⁰ MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo/Campinas: Lex Editora e CS Edições Ltda, 2002.

²⁷¹ *Direito Penal na Constituição*, 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1991.

²⁷² LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*, 4ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 19-21.

²⁷³ ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 95-103.

²⁷⁴ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, nº 11, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-setembro de 1995, ps. 184 a 207.

²⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.51-71.

²⁷⁶ *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 84.

²⁷⁷ PIERANGELLI, José Henrique. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição, em *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, vol. I, nº 28, Porto Alegre, 1992, p. 56.

²⁷⁸ Ob. cit., p. 84.

²⁷⁹ A expressão é atribuída, por Luiz Regis Prado, a Rodriguez Devesa (*Derecho Penal Español*, p. 390).

²⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. São Paulo: Editora RT, 2005. p. 154.

devem recair prioritariamente a intervenção jurídico-penal, com penas privativas de liberdade.”

Conquanto muitíssimo bem articulados, os argumentos acima antepostos contra a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica não resistem a uma análise mais atual e realista, distanciada de vários pontos da visão clássica do Direito Penal fundado exclusivamente na culpabilidade.

Sobre a chamada “capacidade de ação” não se nega que esta tem a maior relevância no que pertence à configuração do cometimento da ação ou da omissão que integram a figura criminosa. Assim, somente uma pessoa física pode desenvolver a ação (ou a omissão)²⁸¹ imprescindível à prática do crime²⁸². Mas não é menos certo que a imputação²⁸³ pode tocar tanto a esta (a pessoa física) como à pessoa moral que ela integra ou dirige. Com efeito, de grande utilidade seria o argumento se a discussão transcorresse apenas no campo da culpabilidade. Aí sim, tendo-se a culpabilidade como elemento constitutivo do delito, exigível será também a “capacidade de ação”, ou seja, o desenvolvimento de uma conduta positiva

²⁸¹ “PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL - FLORA. ART. 40 DA LEI 9.605/98. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. 1. Demonstrado pelo conjunto probatório que o agente causou dano ao Parque Nacional do Araguaia, Unidade de Conservação Ambiental, a manutenção da r. sentença condenatória é medida que se impõe. 2. Não é necessário a presença física do autor mediato no local do delito. Pode o mesmo se valer de outras pessoas para a prática da infração. 3. Apelo improvido.”. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 4ª Turma, ACR 1998.43.00.001901-7/TO, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz, j. 08.03.2005, DJ 08.04.2005).

²⁸² É nesse sentido o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, desposado ao julgar o Recurso Especial Nº 585.615 - SC (2003/0163035-0), Relator Ministro Gilson Dipp, por unanimidade, conforme o seguinte trecho do voto do Relator: “É certo que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa). Germano da Silva continua: ‘Em princípio, sempre que houver a responsabilidade criminal da sociedade estará presente também a culpa do administrador que emitiu o comando para a conduta. Do mesmo modo o preposto que obedece à ordem ilegal, como de resto o empregado que colabora para o resultado.’. (...) Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica. (...) Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98. Luís Paulo Sirvinskis ressalta que “de qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.’.” (Diário da Justiça de 05.06.2006).

²⁸³ É dizer, a atribuição da responsabilidade penal, em decorrência da prática criminosa.

(comissão) ou negativa (omissão), por uma pessoa física, para desencadear e realizar um crime.

Ocorre que em sede da novíssima criminalidade de largo espectro, na qual se permite a responsabilização da pessoa jurídica, o elemento culpabilidade é substituído pelo risco ou pela disfunção. Ainda que não professe a defesa da responsabilidade em comento, Luiz Vicente Cernicchiaro²⁸⁴ registra que Pereira dos Santos, estudando o princípio ‘societas delinquere non potest’, forte em E. Ondei, salienta que, com referência à pessoa moral, o princípio da responsabilidade por culpa deva ser substituído pelo princípio da responsabilidade por risco, considerando o fato incriminado na sua condicionalidade instrumental.

Mesmo enxergando dificuldades quanto à responsabilização criminal da pessoa jurídica, em decorrência dessa ausência de “capacidade de ação”, de culpabilidade e de pena adequada, Marino Barbero Santos²⁸⁵ diz que não repele a idéia de que se possa usar o Direito Penal para sancionar atuações das pessoas jurídicas e define temporalmente o seu posicionamento ao dizer: “Manifestamo-nos, tão-somente, no sentido de que os princípios que servem de fundamento do Direito Penal atual dificultam que ele possa abarcar, hoje, em países que não sigam o sistema do *Common Law*, os entes coletivos. Nada haverá a objetar se estes princípios mudarem.”. Destaque-se, como definidores no tempo da posição de Barbero Santos, os vocábulos “atual” e “mudarem”, considerando-se que o texto é de 1987, uma década antes da publicação da Lei 9.605/98 e expedida em um cenário que muda com rapidez estupenda, especialmente no que diz respeito à macrocriminalidade, sendo que nesta estão inseridos os crimes ambientais praticados no âmbito das pessoas jurídicas. Se mudam os fatos, mudam também os paradigmas. Os princípios de Direito (inclusos os de Direito Penal e os de

²⁸⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, 2ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 1991. p. 146.

²⁸⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello e SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 75.

Direito Ambiental) amoldam-se à realidade social da época em que são chamados a ditar as rotas dos ramos aos quais pertencem. Por isto mesmo a insistência da tal “capacidade de ação” para que possa medrar a responsabilidade penal da pessoa jurídica parece querer estagnar esse contorno principiológico.

Repisa-se, nesta quadra, que a culpabilidade continua a ser um elemento definidor da responsabilidade penal da pessoa individual (ou física). Esteia-se, na construção do delito, na conduta (positiva ou negativa) desenvolvida pelo autor ou partícipe direto do crime. Mas também não é menos certo que esse elemento, a culpabilidade, é plenamente dispensável quando se perquire a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Aí a culpabilidade cede lugar ao risco e à disfunção. Aliás, ainda com a atribuição à culpabilidade do *status* de dogma, em termos de construção do delito formal clássico (aquele atribuído exclusivamente à pessoa física), é certo dizer que esse vem sendo relativizado há tempos, conforme lembra Everardo da Cunha Luna^{286 287}, ao registrar que muitos autores têm como de responsabilidade objetiva os crimes insertos no Código Penal como preterintencionais ou qualificados pelo resultado²⁸⁸. No meio desses autores está o próprio Everardo da Cunha Luna²⁸⁹, porém afirmando que essas ocorrências são excepcionais, uns tipos anômalos de delito, que como *exceptio* não podem justificar a destruição de uma doutrina edificada para a grande maioria dos crimes como fundamento na culpabilidade, rematando assim: “Quando muito, poder-se-ia conceber uma doutrina particular da exceção, se destas os casos se impusessem pelo número e pelo valor (Nunes, *La culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, 1946, p. 24-6), o que não acontece na matéria de que nos ocupamos.”.

²⁸⁶ Ob. cit., p. 89.

²⁸⁷ Deve ser lembrado, para fins de contextualização, que a argumentação aqui reproduzida foi traçada por Everardo da Cunha Luna no ano de 1958, quando da apresentação da sua tese de livre-docência à Faculdade de Direito do Recife, posteriormente transformada no livro acima citado, cujo texto foi revisto em 1991, pouco antes da morte do referido autor.

²⁸⁸ A lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, § 7º), a omissão de socorro seguida de morte (CP, art. 135, parágrafo único) e o latrocínio (CP, art. 157, § 3º)

²⁸⁹ Ob. cit., pp. 89-90.

Há que ser indagado: e a proteção penal do ambiente, da ordem consumerista e da ordem econômica não pode ser arrolada como essa “exceção” lembrada por Everardo Luna, de sorte a desafiar a responsabilização penal das pessoas jurídicas? Parece-nos razoável que sim, especialmente se for tomado em conta que toda a teoria clássica da estruturação do crime foi edificada em uma época em que os problemas sociais não eram tão destacados nas mencionadas áreas (meio ambiente, consumo e ordem econômica) e a macrocriminalidade apenas engatinhava. O que era exercício de futurologia à época da publicação da obra do destacado penalista da Escola do Recife, atualmente é realidade e objeto de preocupação de juristas e de outros responsáveis pela consecução de remédios oficiais para os males impostos aos citados bens jurídicos.

Mas, voltando ao risco, de qual falamos? Para resposta, invoca-se a lição de Marçal Justen Filho²⁹⁰, perfeitamente adequável à espécie, quando destaca a irrelevância e a impertinência de questionamentos que têm por objetivo esclarecer a intenção com que foi utilizada a pessoa jurídica e diz: “O que é relevante é a atuação concreta, da qual deriva o risco de sacrifício de interesses acobertados pelo direito. Não se trata, quando se enfoca a desconsideração, de ‘punir a má-fé’, por exemplo - senão de reprimir a disfunção. Se tal destituição resulta de uma intenção imoral ou juridicamente reprovável, trata-se de outra questão.”.

Assim, subtraindo o elemento culpabilidade para ocupar o espaço deste por um risco, pode ser afirmado que a pessoa jurídica está exposta a receber uma sanção penal desde que “aceitou” o risco de titularizar um empreendimento que pode ter integral sucesso ou amargar alguns ou todos os insucessos possíveis. É o caso da função *versus* a disfunção. E o que seria a função de uma empresa? Ora, quando um ajuntamento de pessoas físicas se propõe a constituir uma pessoa jurídica, para através dela (ou conjuntamente com ele, numa

²⁹⁰ *Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 1987, pp. 96 a 97.

visão realística, conforme entendia Otto Gierk²⁹¹) decerto tem por finalidade a realização de objetivos positivos, isto é, que rendam bons frutos; externalidades positivas, como se diz no âmbito do Direito Ambiental Econômico. Destarte, se a pessoa jurídica se constitui para atuar no ramo industrial, por exemplo, é razoável que os seus instituidores e dirigentes almejem pelo menos a) obter lucro; b) gerar empregos; c) gerar massa tributária; d) criar ou ampliar o prestígio econômico da região; e) ter compatibilidade com o meio ambiente local. Todos esses itens constituem externalidades positivas e atestam o bom funcionamento da empresa. No entanto, por razões que este trabalho não alcança, pode ser que a empresa a) não consiga obter o lucro imaginado; ou b) não gere o número de empregos pretendido; ou c) não compareça com o volume de tributos pensado; ou d) não agregue o prestígio econômico para a região; ou e) atue em descompasso com as normas ambientais do lugar. Aí estarão presentes, no todo ou em parte, externalidades negativas, atestadoras da disfunção do empreendimento. De valia, neste passo, a observação de Cristiane Derani²⁹², quando analisa o princípio poluidor-pagador pela ótica da economia, afirmando que as externalidades negativas de cunho ambiental são assim nominadas porque vêm da produção, mas são suportadas pela coletividade, diversamente do lucro, que também advém da produção, mas é destinado à empresa. E arremata²⁹³: “Daí a expressão ‘privatização dos lucros e socialização das perdas’, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização. Por isto, este princípio também é conhecido como o princípio da responsabilidade.”.

A esta altura da discussão do tema no cenário doutrinário brasileiro e alienígena, crê-se até despiciendo o arrolamento dos sistemas jurídico-penais que adotam a

²⁹¹ Citado por MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Vol. 1. 22ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 99.

²⁹² DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Editora Max Limonad. 1997. p. 158.

²⁹³ Op. cit. p. 158.

responsabilidade penal da pessoa jurídica, mesmo que em quota de exceção. Silvia Cappelli²⁹⁴ rememora que os Códigos Penais da França²⁹⁵ e de Portugal prevêm essa responsabilização, afinados com a Comissão de Reforma do Código Penal da Bélgica e com a Comissão Governamental Contra a Criminalidade Econômica da Suécia, seqüenciada pela legislação penal dos Cantões da Suíça, bem assim a Grã-Bretanha, a Irlanda do Norte, a Holanda, o Canadá, os Estados Unidos, a Austrália, o México, a Costa Rica e Cuba, “tudo isso sem descurar da legislação alemã que, a par de reconhecer exclusivamente a responsabilidade individual, contempla punição às pessoas jurídicas pelas chamadas contravenções à ordem, no que intitula de Direito Penal Administrativo.”.

Incontroversa a possibilidade jurídica de responsabilização criminal das pessoas coletivas, há quadra para uma análise de como o assunto é tratado em nível infraconstitucional no Brasil, no presente passo da História.

6.3.2. O tratamento da Lei 9.605/98.

Nas linhas acima se demonstrou a viabilidade jurídica de responsabilização das pessoas morais, ocupando espaço que desde os fluidos do Iluminismo estava reservado, com exclusividade, às pessoas físicas, em dogma guardado sob a parêmia “societas delinquere non potest”. Mas, outros ares sopraram sobre a realidade social, em uma sociedade que passou

²⁹⁴ CAPPELLI, Silvia. Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental, uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal. *Revista de Direito Ambiental*, nº 1, pp. 100 a 106. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais. 1995.

²⁹⁵ “Article 121-2 (*Dernière modification : loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 54 et art. 207 IV : Les termes "et dans les cas prévus par la loi ou le règlement" sont supprimés à compter du 31 décembre 2005.*)

Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3. ”.

a enfrentar problemas bem diferentes daqueles do Século Dezoito, que eram bem centrados nos exauros do Estado e na torpeza com que esse tratava os seus súditos cometedores de ilícitos. O caminho foi a humanização do Direito Penal e do instituto da pena, com a necessária e oportuna entronização da culpabilidade como diretriz-mor e justificadora plena da existência das medidas punitivas, presidindo a celebração do conúbio da retributividade e da prevenção como fórmula de legitimação dessa rama da ciência jurídica. Ou seja, diante das atrocidades medievais, seguidas pelas iniquidades do Absolutismo em termos penais, com o ideário plantado pelo Iluminismo floresceu a primazia da culpabilidade. Mas naquela época, mercê da fase de conhecimento e desenvolvimento então atravessada pela sociedade, não se experimentavam problemas como agressões ao meio ambiente (pelo menos não em volume tão preocupante quanto os do mundo atual) ou atentados às relações de consumo ou acoites gravíssimos aos bens econômicos. E tudo isto ocorre nos dias atuais. Assim, o remédio que foi encontrado há mais de duzentos anos para frear o desdouro do Estado punitivo absolutista não é panacéia para os males sociais da nossa era. Outros sanativos jurídicos foram pesquisados, a exemplo da ampliação cautelosa do espectro do Direito Penal com a adição da teoria do risco e da disfunção em substituição pontual da culpabilidade, de modo a atingir também as pessoas jurídicas.

Assim, mesmo que sejam razoáveis os argumentos dos defensores da inadequação da teoria da culpabilidade às pessoas coletivas (com o que concordamos), não é de todo possível obscurecer que a ordem constitucional inaugurada a 03 de outubro de 1988, ao tutelar o meio ambiente, na norma de conteúdo penal estampada no art. 225, § 3º, fez clara opção pela aplicação de sanções administrativas e penais às pessoas jurídicas.

Na esteira do autorizativo constitucional, veio a lume a Lei 9.605, de 12.2.98 – chamada um tanto impropriamente de “Lei dos Crimes Ambientais”, posto que não só cuida de matéria criminal -, dando eficácia, no patamar ordinário, ao que já estava claro na

Carta Política e afirmando, no seu artigo 3º, que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, desde que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. No parágrafo único arrematou, estremando-se das dúvidas quanto ao foco bifronte da sua força, com os seguintes dizeres: “A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”.

Apenas com o intuito de contribuir para a fixação do tema em destaque, retoma-se o enfoque da oposição que se desenvolve contra a responsabilização criminal das pessoas jurídicas. Vozes das mais insuspeitas tomam a inadequação da teoria da culpabilidade como ginete para afastar a possibilidade de criminalização das condutas dos entes coletivos. Assim posiciona-se Luiz Vicente Cernicchiaro²⁹⁶, apoiado em Muñoz Conde: “Do ponto de vista penal, a capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma vontade, entendida como a faculdade psíquica da pessoa individual, que não existe na pessoa jurídica, mero ente fictício ao qual o direito atribui capacidade para outros efeitos distintos do penal.”.

Conforme já dito por mais de uma vez, é inegável o verniz de cientificidade ostentado pelos argumentos coincidentes com o acima destacado, apontados contra a responsabilidade criminal das pessoas morais. Nada obstante, há que ser lembrado, também, que com a velocidade com que são postos à apreciação do Direito Penal os fatos do cotidiano, que celeremente apresentam novos desafios que não podem ficar sem resposta, a posição de exclusividade titularizada pela culpabilidade na estruturação do delito cede lugar a outros paradigmas, não podendo ser vista da mesma forma que era encarada quando a pessoa jurídica ainda era uma exceção no universo do Direito Penal, já que a regra era a prática de atos e fatos jurídicos (inclusive os ilícitos) por pessoas físicas.

²⁹⁶ Ob. cit., p. 144.

Ainda que profligando argumentação um pouco divergente da adotada neste ensaio (que insere na construção do ilícito penal o risco e a disfunção, para atribuir responsabilidade penal às pessoas jurídicas), Eládio Lecey²⁹⁷ ocupou-se da redefinição do elemento culpabilidade, afirmando que a teoria finalista adotou a concepção normativa pura, de modo que, ao contrário da concepção psicológica, a culpabilidade não tem o dolo e nem a culpa como elementos, mas tão-somente a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, tendo também a imputabilidade como pressuposto, justificando que “pela teoria finalista, estando o dolo e a culpa já no tipo, o crime será apenas o fato típico e antijurídico. Culpabilidade é apenas a reprovabilidade da conduta, podendo, assim, existir crime sem culpabilidade que não constitui elemento do fato punível e tão só pressuposto de aplicação da pena.”.

Seguindo os mesmos traços argumentativos, Walter Claudius Rothemburg²⁹⁸ professa fidelidade aos horizontes do clássico Direito Penal da culpabilidade, que diz ser “aquele que não abre mão dos aspectos subjetivos e da estrita personalidade da ação criminosa”, propondo, no entanto, “uma releitura dessa abordagem subjetiva, compreensiva da pessoa jurídica”.

Pode ser afirmado, assim, que a eventual responsabilização penal da pessoa coletiva deve ser aferida através dos fatos concretamente praticados em seu benefício por seus representantes, especialmente através dos seus dirigentes, quer ajam sozinhos ou em conjunto²⁹⁹. De valia a opinião de Gilson Dipp³⁰⁰, sustentada no voto que proferiu como Relator do Recurso Especial Nº 585.615 - SC (2003/0163035-0), assim exposta: “Na sua

²⁹⁷ A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, *in Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 46.

²⁹⁸ ROTHEMBURG, Walter Claudius. *A responsabilidade jurídica da pessoa criminosa*. Curitiba: Juruá, 1997, p. 153.

²⁹⁹ Logo nos primeiros tempos da vigência da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, o extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo debruçou-se sobre a extensão volitiva do agente humano – é dizer, do representante legal da pessoa jurídica – na prática do crime ambiental, exigindo, para configurar a existência do crime, a evidência do dolo específico, ou seja, do dolo orientado por particular escopo ou motivo. Assim decidiu nos autos do Mandado de Segurança 339.448/8, Relator Juiz Fábio Gouveia, j. 01.02.2000.

³⁰⁰ Diário da Justiça da União, 05.06.2006.

concepção clássica, não há como se atribuir culpabilidade à pessoa jurídica. Modernamente, no entanto, a culpabilidade nada mais é do que a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.”

Acerca das penas previstas na Lei 9.605/98 para as pessoas coletivas, estabelece seu artigo 21, como aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente, a multa, a restrição de direitos e a prestação de serviços à comunidade, tudo de conformidade com o art. 3º do referido diploma.

Vê-se, da leitura do art. 21 em comento, que duas são as modalidades de penas destinadas à pessoa moral: pecuniária (multa) e restritivas de direitos (aí incluída a prestação de serviços à comunidade, apesar da opção do legislador em colocar esta última espécie em um inciso autônomo).

No que diz respeito à aplicação da multa, deve ser utilizado o regramento do Código Penal, em razão do que consta dos arts. 18 e 79 da Lei 9.605, conservando-se, pela regra especial, a possibilidade de ser ampliada a pena máxima até o triplo. Note-se que, nos limites da remissão feita pelo artigo 18 aqui comentado, a utilização do disposto no Código Penal é somente para o cálculo da pena de multa, sendo incabível, portanto, o manejo da substitutividade desta pena pecuniária, conforme está previsto no art. 60, § 2º do C. Penal.

De lembrar-se, assim, que a fixação da pena de multa deve ser operada em dois momentos. Na primeira fase é fixado o número de dias, entre o limite de dez e trezentos e sessenta, tomando-se em conta as circunstâncias judiciais (art. 6º da Lei 9.605/98 e art. 59 do Código Penal), advindo a aplicação de atenuantes e agravantes, causas de diminuição e aumento, todos demarcados a partir dos parâmetros de maior ou menor grau de reprovação do ilícito, além de todas as demais circunstâncias do crime, especialmente a gravidade do dano ambiental.

A segunda fase da fixação da pena de multa destina-se à demarcação do valor do dia-multa, balizado entre a trigésima parte do salário mínimo mensal vigente à época do fato e cinco vezes esse salário, conforme dispõe o art. 49, § 1º, do Código Penal. Neste passo deverá ser tomada em conta a situação econômica da empresa infratora, nos termos do art. 6º, inciso III, da Lei 9.605/98, reiteradora do previsto no art. 60 do Código Penal, ressaltando-se que o valor encontrado poderá ser aumentado até o triplo, desde que originalmente ineficaz, ante a capacidade econômica do infrator, nos moldes do Código Penal, art. 60, § 1º.

Além dos parâmetros ditados pelo Código Penal, conforme acima referido, é possível ainda o acréscimo da multa em até três vezes, por força do que dispõe o art. 18 da Lei 9.605/98. Neste particular, cabe a indagação: estaria ocorrendo um *bis in idem* com esta triplicação da pena em razão da possibilidade de aumento da multa, nesse igual número de vezes, por força do art. 60, § 1º, do Código Penal? Resposta negativa. Lúcido é o fundamento, nesse sentido, desenvolvido por Luiz Antonio Bonat³⁰¹, assegurando que deve ser considerado que tendo a Lei 9.605 sido editada em 1998, enquanto o Código Penal foi reformado nessa parte aqui mencionada no ano de 1984 (Lei 7.209, de 11 de julho de 1984), não seria razoável que o legislador repetisse a norma já existente. Pelo contrário, a *mens legislatoris* foi estruturada no sentido de viabilizar o agravamento pela multa, em casos de elevada vantagem econômica conseguida em decorrência do delito. E arremata: “Diferenciam-se as normas, vez que na primeira a razão é a situação econômica do réu, enquanto na segunda é o valor da vantagem auferida”.

Já em relação às penas restritivas de direito, determina a Lei 9.605/98, art. 22, que as sanções de restrição de direitos aplicáveis às pessoas coletivas são: a) suspensão parcial ou total de atividades; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

³⁰¹ Ob. cit., p. 80.

c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Ainda na Lei 9.605/98, no mencionado artigo 22, § 1º, está previsto que a suspensão de atividades será aplicada quando as pessoas jurídicas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente. No § 2º está consignado que a interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. E no § 3º demarca no tempo a sanção de proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações, delimitando a penalidade num máximo de dez anos.

Outrossim, a aplicação das penas restritivas de direitos deve ser feita com o máximo de moderação e cautela, de modo que não seja maculada a intenção da lei, que é a de impor uma sanção que afaste a entidade transgressora das suas atividades temporariamente. Um excesso na aplicação da penalidade pode ter a força de extinguir a pessoa jurídica, desatendendo ao princípio da legalidade, que estabelece não haver pena sem prévia cominação legal. Registre-se que a advertência ora lançada não deve ser confundida com a liquidação forçada prevista no art. 24 da Lei 9.605, tema de outra parte deste ensaio.

A propósito da prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica, dispõe a Lei 9.605/98, no art. 23, que esta modalidade alternativa de sanção penal consistirá em: a) custeio de programas e de projetos ambientais; b) execução de obras de recuperação de áreas degradadas; c) manutenção de espaços públicos; d) contribuições a entidades ambientais ou culturais, públicas.

Se as pessoas jurídicas forem constituídas ou utilizadas para atividades criminosas contra o meio ambiente, dispõe a Lei 9.605, art. 24, que a pessoa coletiva constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a

prática de crime definido na lei aqui reportada terá decretada sua liquidação forçada, sendo o seu patrimônio considerado instrumento do crime por ficção legal e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional. Nesses casos, o patrimônio da pessoa jurídica é considerado como instrumento do crime, dando margem ao perdimento em prol do Fundo Penitenciário. Destaque-se que esse perdimento é uma penalidade autônoma e não de um efeito da condenação, como ocorre nos casos em que é aplicada a regra do artigo 91, inciso II, letras “a” e “b”, do Código Penal. A pena autônoma de liquidação forçada tem apoio na previsão do artigo 5º, XLVI, letra “b”, da Constituição Federal.

Com estas observações, pode ser concluído que o sistema jurídico brasileiro, pelo menos no que concerne à questão ambiental, abraçou, com as reservas que o assunto exige, a responsabilização penal das pessoas jurídicas³⁰².

6.4. A bagatela nos delitos ambientais.

Define-se doutrinariamente o princípio da insignificância como “uma orientação que não desconhece a antijuridicidade do fato, mas deixa de considerar a necessidade de intervenção punitiva”³⁰³.

Fundado na parêmia *minima non curat praetor* e também chamado de princípio da utilidade penal, ganhou prestígio nas hostes do Direito Penal o princípio da

³⁰² Merece registro, até mesmo pelo color histórico, a primeira decisão condenatória de pessoa jurídica no Brasil, emanada do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, nos autos da ACrim 2001.72.04.002225-0/SC, Relator Desembargador Federal Pinheiro de Castro, julgado em 06.08.2003 e publicado na Revista de Direito Ambiental (ano 8 – n. 32 – out-dez 2003. São Paulo: Saraiva. 2003.), assim ementada: CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. EXTRAÇÃO DE PRODUTO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO. DEGRADAÇÃO DA FLORA NATIVA. ARTS. 48 E 55 DA LEI 9.605/98. CONDUTAS TÍPICAS. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CABIMENTO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. PROVA. MATERIALIDADE E AUTORIA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, a Constituição Federal (art. 225, § 3º), bem como a Lei 9.605/98 (art. 3º), inovaram o ordenamento penal pátrio, tornando possível a responsabilização criminal da pessoa jurídica. 2. Nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal, nenhum ato será declarado nulo, se dele não resultar prejuízo à defesa (pas de nullité sans grief). 3. Na hipótese em tela, restou evidenciada a prática de extrair minerais sem autorização do DNPM, nem licença ambiental da Fatma, impedindo a regeneração da vegetação nativa do local. 4. Apelo desprovido.”

³⁰³ GUIMARÃES, Issac Sabbá. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e definições*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 71.

insignificância, esgrimido por Claus Roxin³⁰⁴, tendo como mais destacada justificativa a desnecessidade de aplicação de pena ao praticante dos chamados delito de bagatela.

Segundo Diomar Ackel Filho, exercendo o Estado a séria função jurisdicional, através do qual elimina a lide com soberania, “não deve deter-se, de qualquer forma, para considerar bagatelas irrelevantes, de modo a vulnerar os valores tutelados pela norma penal”³⁰⁵.

Por esta linha, não pode o Estado-juiz ocupar-se de questiúnculas que, apesar de formalmente tipificadas como crime, não são eleitas como relevantemente nocivas pela sociedade, de modo a desafiar aplicação de sanção penal. É caso exemplificativo do delito de bagatela a prática de furto de objeto de pequeno valor ou o ingresso, em território nacional, de pequena quantidade de mercadoria procedente do estrangeiro, além da quota autorizada através das normas alfandegárias. No campo ambiental, tem-se entendido como delito de bagatela, por exemplo, o fato de o denunciado “ter abatido somente uma ave, que não está ameaçada de extinção (bem-te-vi), apresenta-se como indiferente para o Direito Penal. Aplicável o princípio da insignificância, por se tratar de crime de bagatela, devendo ser excluída a tipicidade.”³⁰⁶. Mas, por outro lado, há corrente que julga com maior rigor as alegativas de bagatela, tendo-a como inservível quando o bem jurídico questionado for ambiental, entendendo que a preservação deste “deve ser feita de forma preventiva e repressiva, em benefício de próximas gerações, sendo intolerável a prática reiterada de pequenas ações contra o meio ambiente, que, se consentida, pode resultar na sua inteira destruição e em danos irreversíveis”³⁰⁷, ³⁰⁸.

³⁰⁴ Op. cit. p. 18.

³⁰⁵ ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurisprudencial do tribunal de alçada criminal de São Paulo*, São Paulo, p. 73, abr./Jun. 1988.

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. *Apelação Criminal 93.04283-99*. Relator Juiz Vilson Darós, Diário da Justiça de 06-set-1995.

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. *Apelação Criminal 2003.34.00.038111-1*. Relator Juiz Saulo Casali, Diário da Justiça de 11-nov-2005.

³⁰⁸ “CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO DEVE SER DE TAL ORDEM QUE CAUSE DANOS OU PONHA EM RISCO A SAÚDE HUMANA, OU PROVOQUE MORTANDADE DE ANIMAIS OU DESTRUIÇÃO

Carlos Vico Mañas³⁰⁹, que em alguns pontos se revela crítico da validade do princípio da insignificância, sob o argumento de que este padece de uma imprecisão terminológica, assegura, entretanto, que o referido princípio conduz a uma excludente de tipicidade extralegal da conduta do agente, segundo a qual o Direito Penal, obedecendo ao princípio da intervenção mínima, não sanciona “toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que produzem graves conseqüências e resultam de ações especialmente intoleráveis.”³¹⁰. Mas, adverte o mencionado autor, deve o legislador penal perseguir a perfeição ao fazer a norma, de modo a impedir a condenação de alguém por uma conduta cuja incriminação não foi efetivamente desejada pela lei. Assim, o princípio da insignificância surge para evitar situações dessa espécie, atuando como “instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.”³¹¹.

A propósito da tipicidade, é razoável afirmar-se que toca ao legislador delimitar os padrões das condutas ilícitas que são efetivamente relevantes para o direito penal, através das descrições típicas. Criados esses padrões delinqüenciais, a eles devem subsumir-se os fatos da vida, e quando houver a perfeita adequação, presente estará o fenômeno da tipicidade.

SIGNIFICATIVA DA FLORA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ABSORÇÃO. INAPLICABILIDADE. 1. Poluição em apoucada quantidade e causada por matéria orgânica, distante de fontes de rios ou mananciais de água, facilmente reabsorvível pela própria natureza não é passível de punição. 2. Impossibilidade de aplicação da suspensão prevista no artigo 89 da Lei 9099/95, por estar o acusado, na época, respondendo a outro processo criminal. 3. Inaplicável o princípio da absorção do delito do artigo 60 em relação ao delito previsto no artigo 54, ambos da Lei 9.605/98 porque a licença do órgão ambiental é requisito para o funcionamento de atividade potencialmente poluidora. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO.” (BRASIL. TJ/RS, 4ª Câmara Criminal, ACR 70009315300, Rel. Lúcia de Fátima Cerveira, j. 05.05.2005, DJ 16.06.2005).

³⁰⁹ Cf. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito Penal*. São Paulo: Editora RT, 1997. p. 173.

³¹⁰ MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade no Direito Penal*, S. Paulo: Saraiva, 1994. pp. 60-61.

³¹¹ op. cit. p. 56.

Válida aqui a observação de José Frederico Marques³¹², destacando a importância da adequação típica, “não só no campo do direito penal, como também na esfera do direito processual penal: é o que Jiménez de Asúa, com tanto acerto, denominava de *valor procesal de la tipicidad*”.

Portanto, não é suficiente que a conduta humana esteja descrita formalmente na lei. É imperioso, ademais, que esse comportamento humano seja de fato e relevantemente lesivo a bens ou interesses jurídicos, moral ou patrimonialmente.

Nesse diapasão, são consideradas atípicas as condutas humanas que não lesem a vida social, posto que sem importância para fins penais, mercê do pouco prestígio que a sociedade a elas oferece. É por isso que se afirma haver uma valoração no comportamento praticado pelo hipotético agente, não bastando para o Estado apenas policiar a sua conduta, mas, sobretudo aferir o prejuízo ou a ameaça que tal conduta imponha à sociedade.

Francisco de Assis Toledo³¹³, reportando-se também à tipicidade em conjugação com o princípio da insignificância, trazendo este último a confronto com o igualmente importante princípio da adequação social, que a gradação qualitativa e quantitativa do injusto permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado como ilícito civil ou administrativo. E destaca Assis Toledo que “quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais. Aqui, mais uma vez, se ressalta a maior amplitude e a anterioridade da ilicitude em relação ao tipo legal do crime.”³¹⁴.

Em que pesem os encômios dos quais é destinatário o princípio da insignificância, não se pode obscurecer que contra estes são deflagradas também severas e autorizadas críticas. Mesmo diante da excelência dos argumentos que se contrapõem ao referido princípio, diante da sua utilidade na realização dos fins mais sublimes do Direito

³¹² MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2º volume, S. Paulo: Saraiva, 1996. p. 77.

³¹³ *Princípios básicos de Direito Penal*. 4ª. edição, S. Paulo: Saraiva, 1991. p. 134.

³¹⁴ Ob. cit., p. 134.

Penal, aliada ao seu matiz científico, prevalecem em superioridade as vantagens da exclusão da bagatela como delinidora dos tipos penais.

Encabeçando essas críticas desferidas ao princípio em estudo, está a de que não se pode auferir, com segurança, o que a sociedade vê como fato insignificante, de modo a passar ao largo das preocupações do Direito Penal. Definir, em número fechado, quais são os delitos de bagatela de um sistema jurídico, é tarefa extremamente difícil (e quiçá impossível) a ser enfrentada pelos operadores do Direito, dando margem até mesmo à prática de injustiças inconcebíveis de tolerância no universo das Ciências Penais.

Assim, não se sustentam os agora mencionados argumentos críticos. É que, destacado o respeito que merece o princípio da legalidade (que em nada se opõe ao princípio da insignificância), é tarefa do aplicador do direito (e não do legislador) constatar, no caso concreto, a extensão do dano ou do perigo representados pela conduta do agente, concluindo daí ser, ou não ser, a conduta insignificante para fins penais³¹⁵. Essa medição levará em

³¹⁵ Em sede de Direito Penal Ambiental tem-se dado guarida à teoria do perigo abstrato, em razão da vulnerabilidade do bem jurídico ambiental e em conjugação das regras penais clássicas ao princípio da prevenção, originário do Direito Ambiental. Veja-se o destaque jurisprudencial: “APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA. ART. 10, CAPUT DA LEI Nº 9.437/97. CRIME CONTRA A FAUNA. ART. 29, CAPUT DA LEI Nº 9.605/98. CONCURSO MATERIAL. - PRELIMINAR. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Denunciado o apelante pela prática do delito previsto no art. 10, caput, da Lei nº 9.437/97, em concurso material com o crime ambiental tipificado no art. 29, caput, da Lei nº 9.605/98, cuja soma das penas máximas abstratamente previstas ultrapassa o patamar de 2 anos, a competência para apreciação da apelação é desta Corte e não das Turmas Recursais. Prefacial afastada. - JUNTADA DE DOCUMENTOS APÓS A FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE. No âmbito do processo penal, ressalvados os casos expressamente previstos em lei, é facultado às partes a apresentação de documentos, em qualquer fase do processo, ainda que posteriormente à sentença. Inteligência dos arts. 231 e 400 do CPP. Indeferimento do pleito de desentranhamento dos documentos juntados pela defesa, com as razões recursais. - MÉRITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Suficiência probatória a ensejar a condenação do réu pelos delitos tipificados no art. 10, caput, da Lei nº 9.437/97 e art. 29, caput da Lei nº 9.605/98. Materialidade e autoria inequivocamente demonstradas pelas provas carreadas ao feito. Validade do ato de apreensão, realizado por policiais militares. A imprestabilidade do atestado que dá conta da espécie de animal apreendido, caracterizada pela ausência de portaria de nomeação, restou suprida por outros elementos de provas produzidos, em especial, pela prova oral encartada, que não deixa dúvidas de que o animal abatido tratava-se de animal silvestre. Réu que admitiu o transporte das espingardas e da munição apreendidas, bem como o desferimento do tiro que atingiu a lebre. Relatos das testemunhas aptos a integrar um contexto probatório firme e seguro a amparar o édito condenatório, sobretudo quando não há indicativo concreto de que tivessem qualquer interesse em prejudicar o réu, imputando-lhe falsamente a prática do delito. O uso da arma ou sua manutenção no interior da residência ou em dependência desta, não torna atípica a conduta, porquanto imprescindível por lei o certificado de registro e a autorização da autoridade competente para portar a arma. Inteligência dos arts. 4º e 6º da Lei nº 9.437/97. O tão-só fato de as armas estarem desmuniçadas, no momento da apreensão, não tem o condão de descaracterizar o crime previsto no art. 10 da Lei nº 9.437/97, uma vez que o municionamento não constitui elemento integrante do tipo penal em tela. Crime de perigo abstrato e de mera conduta em que a situação de perigo é presumida,

consideração todas as circunstâncias ocorridas ao tempo do fato, não podendo ser desprezado, como é óbvio, o resultado advindo desse comportamento. Com efeito, “a norma escrita não contém todo o Direito Penal e que a construção teórica de princípios, como o da insignificância, não fere o mandamento constitucional da legalidade e da reserva legal”, consoante doutrina Maurício Antônio Ribeiro Lopes³¹⁶.

A apreciação dos fatos postos à análise do operador jurídico (consultor, advogado, juiz, membro do Ministério Público ou agente estatal de qualquer nível, com atribuições para tanto) deve ser feita com vistas a uma escala de valores onde sopesados sejam os reflexos penais e ambientais da conduta. Não pode e não deve ser feita apenas no aspecto normativo, pois, como já foi acima alinhado, não existem regras positivadas e específicas sobre o tema, residindo a segurança de que o princípio foi manejado com equilíbrio, em última razão, no indeclinável dever de motivação dos pronunciamentos judiciais, inserto na Carta Política, art. 93, inciso IX.

Centrando o assunto especificamente na área penal ambiental, tem-se que a jurisprudência vem rechaçando, com vigor, a tentativa de evocação do princípio da bagatela para excluir a incidência da tipificação criminal, esgrimido pela defesa ao fundamento de que o extermínio de alguns pássaros para consumo próprio, por exemplo, é conduta insuficiente para vulnerar o meio ambiente. Tem prevalecido, em situações como tais, o caráter preventivo e pedagógico da norma, mercê da fragilidade do bem jurídico protegido (o meio ambiente) especialmente se existem indicativos de contumácia por parte do agente³¹⁷.

independentemente da intenção do agente. Condenação mantida. - CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. CRIME ÚNICO. Tendo a apreensão das duas armas e da munição, em poder do acusado, ocorrido no mesmo contexto fático, lesando apenas uma vez o bem jurídico tutelado, segurança pública, resta caracterizado um único crime de porte ilegal de arma, impondo-se, portanto, o afastamento da continuidade delitiva e do acréscimo de pena correspondente. Redimensionamento da pena. Corporal definitivada em 1 ano e 6 meses de detenção. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do RS, 8ª Câmara Criminal, AC Nº 70010753903, j. 15/06/2005, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, j. 15.06.2005, DJ 19.07.2005).

³¹⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*, p. 170.

³¹⁷ “CRIME AMBIENTAL. CAÇA E VENDA DE ANIMAIS SILVESTRES. CONDENAÇÃO MANTIDA. A prova deitada nos autos deixa estreme de dúvidas a caça e comercialização de animais silvestres, inclusive

Mas, não pode ficar indene de registro a advertência de Renata Maciel Cuiabano³¹⁸, que traça liame entre o princípio da insignificância e a tipicidade penal, afirmando que esta pressupõe ofensa que, além de acarretar lesão grave e concreta ao bem jurídico protegido, deve ser “julgada de forma negativa não só pelo aplicador da lei, mas pela própria sociedade, a partir do contexto social, histórico e cultural no qual ele se insere; condutas que abstratamente se amoldam a determinado tipo penal podem não causar grave impacto ou repercussão social.”.

Outro ponto que não pode passar ao largo de apreciação dos propósitos deste ensaio diz respeito a possível confronto entre o princípio da insignificância e as normas que incriminam condutas de pouca monta social, inclusive no meio ambiental.

Em casos como tais, cabe ao juiz extrair do caso concreto a ausência de tipicidade, em decorrência da ínfima representação da conduta do acusado, esta ficando abaixo mesmo da preocupação do legislador que criminalizou a conduta irrelevante³¹⁹. Destaque-se que não se pode confundir esta assertiva com qualquer pregão de absentismo ou desprestígio infundado das normas penais. Tão-somente que prevaleça a razoabilidade no momento da eleição entre a tipicidade e a atipicidade da conduta apontada como agressora

ameaçados de extinção. A alegação de consumo próprio não socorre ao recorrente, sobretudo considerando a quantidade de aves apreendidas. Ainda, a falta de provas quanto ao fato de ter sido o acusado presenteado com as carcaças de veado e jacu, animais considerados em extinção, transmuda a presunção decorrente da apreensão em certeza, escorando a majorante do artigo 29, § 4º, inciso I, da Lei nº. 9.605/98. Condenação mantida.” (BRASIL.Tribunal de Justiça do RS, 4ª Câmara Criminal, AC Nº 70010305761, Rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 17/03/2005, DJ 13.04.2005).

³¹⁸ CUIABANO, Renata Maciel. *A importância do princípio da insignificância diante da criminalização da pesca profissional em Mato Grosso: Uma abordagem a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). p. 50.

³¹⁹ Mais um indicativo jurisprudencial que serve para demarcar como vem sendo encarado o princípio da bagatela em matéria ambiental: “PENAL. CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 34 DA LEI Nº 9.605/98. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. RESERVA BIOLÓGICA MARINHA DO ARVOREDO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. - Tendo o agente sido flagrado em barco dentro de local proibido para pesca - Reserva Biológica do Arvoredo, no Estado de Santa Catarina -, com três quilos de pescado, configurada está a prática delituosa prevista no art. 34 da Lei nº 9.605/98.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 8ª Turma, ACR 2000.72.00.004576-2/SC, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 20.04.2005, DJ 04.05.2005).

dos ditames penais. É nessa linha o posicionamento de Maurício Antonio Ribeiro Lopes³²⁰, que entende pela viabilidade da aplicação do princípio da insignificância em sistemas penais, como o brasileiro, que punem, por exemplo, apropriação indébita de coisa de pequeno valor (CP, art. 170): “Os que assim acreditam equivocam-se, pois nada impede que, feita a valoração normativa da ofensa, nos moldes anteriormente sugeridos, o intérprete reconheça que, de tão ínfima, não se subsume sequer aos tipos privilegiados ou contravencionais.”.

A ponderação deve ser a tônica do operador jurídico diante de casos que tenham encaixe no princípio da insignificância, evitando-se exageros e despropósitos, “a ponto de a vida humana valer menos do que a de um passarinho”, como lembra Fernando da Costa Tourinho Neto³²¹.

6.5. Sobre a implementação da normativa ambiental.

No curso da sua história, tem o Direito perseguido – às vezes com sucesso, às vezes não – a efetiva implementação do seu conjunto normativo. Há um sentimento de recusa generalizado ao que se convencionou chamar “law on books”, ou seja, as leis (e todos os outros instrumentos do Direito) que não chegam a sair do papel, não encontrando aceitação na sociedade da qual é destinatária, tampouco logrando efetivização por parte dos seus aplicadores, os gestores jurídicos.

Diferente não poderia ser em relação ao Direito Ambiental e ao Direito Penal Ambiental. Quem sabe em razão da ampliada especialização pela qual passa o Direito, bem como pela característica de multidisciplinariedade que informa o Direito Ambiental, permitindo assim o aferimento do maior ou menor grau de efetividade e eficiência da sua normativa, mas o certo é que não há espaço para a edição de leis e ferramentas jurídicas

³²⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. p. 175.

³²¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. O dano ambiental. *Teia Jurídica*, revista virtual <http://www.teiajuridica.com.br>, acessada em 09 abr.1997.

outras apenas para adorno acadêmico. As tentativas e as afoitezas nesse sentido são logo rechaçadas pela comunidade envolvida com o trato desses instrumentos, que cuida de descartá-los ou substituí-los por algo mais útil à proteção dos bens jurídicos postos como alvo.

Uma das formas de atestar o maior ou menor grau de utilidade de uma ou de um conjunto de normas ambientais é através de indicadores de aplicabilidade e de cumprimento destas, que por uma ou mais variáveis que, associadas através de diversas formas, revelam significados mais amplos sobre os fenômenos a que se referem. São, esses indicadores, “as ferramentas constituídas por uma ou mais variáveis que, associadas através de diversas formas, revelam significados mais amplos sobre os fenômenos a que se referem”³²².

Mas, como acima alinhado, a modernidade do Direito Ambiental e, por conseguinte, do Direito Penal Ambiental, pode ser apontada como responsável pela fragilidade de dados, em termos de Brasil, que possam retratar a quantas anda a implementação da normativa desse ramo entre nós. Providencial, neste passo, a observação de que:

não existem registros de análise da eficácia das normas ambientais no País. Em outras palavras, o nível de implementação das normas nunca foi averiguado utilizando-se uma metodologia de indicadores, conforme a que ora se propõe. Portanto, este deve ser um processo de construção gradativo e coletivo, que pressuponha a participação e a oitiva de diversos especialistas e de segmentos da sociedade, num prazo factível, a fim de que se obtenha um resultado relevante, conseqüente e útil aos operadores do Direito Ambiental, gestores públicos, tomadores de decisão e cidadãos³²³.

³²² *apud* BEZERRA, Maria do Carmo de Lima. CAPPELLI, Silvia. RUSCHEL, Caroline. Indicadores de aplicabilidade e cumprimento da norma ambiental para ar, água e vegetação. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora RT, ano 11, n. 42, p. 208-240, abril-junho 2006.

³²³ BEZERRA, Maria do Carmo de Lima. CAPPELLI, Silvia. RUSCHEL, Caroline. Ob. op. cit., p. 138.

Mesmo que seja inaugural o trabalho de aferição com tanto rigor científico como afirmam as autoras acima mencionadas, é certo que a preocupação com a análise dessa extensão da implementação da normativa ambiental já existe há anos, mesmo enfrentando os percalços próprios do pioneirismo. Tanto que vem sendo objeto de publicações específicas, a exemplo do que se faz com coletâneas da jurisprudência apurada em matéria ambiental³²⁴, bem como é objeto de preocupação acadêmica³²⁵.

Mas, o que é implementação legal (ou jurídica) da normativa ambiental? No entender de Antonio Herman Vasconcelos e Benjamin³²⁶, essa implementação apresenta-se por dois ângulos, sendo um mais estreito e outro mais lato. No primeiro sentido, a implementação significa o que fazer após a violação da norma, cuidando, pois, dos aspectos reparatórios decorrentes da transgressão, inclusive na seara penal. Já na segunda acepção, tem-se que a implementação não se exaure na repressão e na reparação, mas atua muito mais fortemente na prevenção. Tem por fito “identificar tal fenômeno com os mecanismos que levam ao cumprimento da lei, incluindo aspectos de prevenção, de reparação e de repressão, seja por provocação oficial, seja por atuação privada.”³²⁷.

Muitas são as razões pelas quais existe uma pugna permanente pela implementação da normativa ambiental. O primeiro desses motivos diz respeito à necessidade de dotar de efetividade os programas vinculados à proteção do meio ambiente, pois “só com a implementação da regulamentação ambiental é que podemos, realmente, alcançar os objetivos e benefícios vislumbrados pelas políticas, legislação e padrões (*standards*) ambientais.”³²⁸.

³²⁴ cf. CARVALHO, Carlos Gomes de. *O meio ambiente nos tribunais: do direito de vizinhança ao direito ambiental*. São Paulo: Editora Método, 2003.

³²⁵ Cf. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. A implementação do Direito Ambiental no Brasil. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura. Direito*, Lisboa: Universidade Lusíada de Lisboa. Série 1, n. 1-2, pp. 277-312, 2003.

³²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. Implementação da legislação ambiental. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, pp 360-378. 1993.

³²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. Implementação da legislação ambiental. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, pp 360-378. 1993.

³²⁸ Op. cit., p. 367.

Outrossim, faz-se necessária a implementação ora comentada em razão da equidade, já que é impensável que a normativa seja cumprida apenas por algumas pessoas e por outras não. “É inadmissível que a carência de implementação sirva para beneficiar os violadores da regulamentação em detrimento de sujeitos que a cumprem. Situação idêntica ocorre quando, conforme a localização e circunstância, a implementação seja mais eficiente quanto a alguns sujeitos do que em relação a outros.”³²⁹.

A credibilidade das leis e das instituições é outra determinante da centrada implementação da normativa ambiental, assim como o é a eficiência econômica que esta gera³³⁰, quer seja nas áreas mais próximas da questão ambiental posta sob o crivo das normas, quer seja em searas mais remotas, graças à amplitude do círculo de reflexos que as variações do meio ambiente podem gerar. Assim, um desequilíbrio aparentemente setorial em um ecossistema africano, pode atingir o insumo útil à produção de um bem de consumo fabricado na Alemanha, mas que é importado com muita intensidade nos Estados Unidos e daí distribuído para a América Latina. Essa hipotética cadeia econômica pode ser afetada pela ineficiência do cumprimento da normativa ambiental em um continente deveras distante de onde são suportados os seus últimos efeitos.

Por fim, tem-se o que é apontado como o mais importante dos objetivos da implementação da normativa, que é o desestímulo ao aparecimento de novas violações ambientais. Essa teoria do desestímulo assenta-se em quatro ingredientes, a saber: “uma probabilidade crível de detecção, uma resposta certa e rápida, uma sanção apropriada e a percepção por parte dos sujeitos dos outros três segmentos.”³³¹.

6.5.1. Elementos de crença na implementação da normativa ambiental.

³²⁹ Op. cit., p. 367.

³³⁰ Op. cit., p. 367.

³³¹ Op. cit., p. 368.

Tanto o Direito Ambiental clássico como a sua vertente criminal, é dizer, o Direito Penal Ambiental, devem aprofundar objetivos que visem a consolidação de um sistema harmônico de princípios e de legislação, os quais superem os lindes do discutível pragmatismo positivista, mercê do bem jurídico para o qual devem ser voltadas, o meio ambiente.

Noutro passo, não se deve esquecer, novamente em homenagem às características próprias do bem acima tratado, da permanente necessidade de revisão e atualização de conceitos jurídicos, sempre sob o crivo da crítica e da exigência rigorosa, mesmo quando esses conceitos aparentem mesmo o nível de excelência. Nunca será demais uma checagem de atualização.

O conjunto normativo que serve ao Direito Penal Ambiental deve ser portador de uma razoável coleção de princípios que, ao lado dos textos legais, deve servir para conformar estes últimos (e, em derradeira análise, o próprio Direito especial supra referido) nos limites da utilidade social almejada. Assim, o Direito Penal Ambiental basta-se-á nos limites da sua própria eficiência. Com esses freios e contrapesos em trabalho entre leis e princípios, restará espaço para que outros ramos jurídicos atuem satisfatoriamente em prol do meio ambiente. Afinal, é fato que o Direito Ambiental e o Direito Penal Ambiental coexistem com os demais segmentos do Direito (e com outras áreas do conhecimento científico), em todos se apoiando para uma melhor eficiência, porém sem ter a soberba de a estes querer substituir. Com efeito, ser eficaz depende de uma adequada percepção do que é ambiente, ciente de que ele opera sobre a assertiva de que se constitui em um acoplamento organizado de sub-sistemas ecológicos funcionalmente interdependentes, constituídos por fatores dinamicamente inter-relacionados.

Assim, por exemplo, definir que a conservação da diversidade biológica é objeto do Direito Ambiental e, quando mais severo for o risco de agressão à biota, este será

também o objeto do Direito Penal Ambiental, não exclui da sua tutela o abiótico. Tanto que a proteção visa, *v.g.*, um conjunto arquitetônico relevante ou um local espeleológico interessante. Situações como estas permitem a expansão constante e gradual dos ramos jurídicos aqui comentados, em área de atuação que se conjuga a partir da análise cadenciada da realidade que entorna o bem jurídico ambiental questionado. Nessa linha, reconhecer a diversidade biológica como o objeto da tutela prestada pelo Direito Ambiental e pelo Direito Penal Ambiental não significa apenas compreender essa diversidade como um somatório de realidades, mas sim como a expressão de complexos processos que sirvam de base à variabilidade quantitativa e qualitativa da vida, considerando, nesse olhar holístico, os elementos inanimados que contribuem para essa preservação vital. Significa, portanto, o entendimento da diversidade biológica como um modelo de compreensão das leis gerais da vida, até mesmo através de uma análise dialética e sistêmica do que é o meio ambiente.

Tecidas essas considerações de cunho mais teórico acerca da importância da implementação da normativa ambiental, inclusive pelo seu color penal, há quadra para o destaque do que efetivamente tem sido feito na busca da implementação da normativa ambiental, bem como de como poderão ser supridas eventuais lacunas nessa área.

Um dos pontos de acerto é a adoção de uma lei nacional ambiental. Esse diploma pode ter o exclusivo condão de traçar legislativamente os parâmetros de uma política para a área, bem como pode ter também a força de delinear o sistema penal suficiente e eficaz para o setor. No caso do Brasil, existe a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que cuida da política nacional do meio ambiente (de permeio, cuidou pontualmente do aspecto penal, com o crime de poluição genérica do art. 15 – de discutível vigência atual) e a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, chamada Lei dos Crimes Ambientais, mas contemplando também aspectos administrativos e reparatórios. Por sobre os dois diplomas está o art. 225 da Constituição Federal de 03 de outubro de 1988, integralmente dedicado ao meio ambiente. Assim, é

evidente a opção do legislador brasileiro por delimitar o sistema de proteção ao meio ambiente, inclusive no campo penal, a partir desse tripé.

Não se afirma, como é lógico, que a adoção de um diploma exclusivo (uma lei básica ambiental) ou de paradigmas legislativos (como o caso brasileiro acima referido) seja o suficiente para assegurar o sucesso da implementação da normativa ambiental. Entretanto, é de significativa importância, especialmente se essa ação for conjugada a um bom nível de participação cidadã na escolha desses rumos e a uma definição clara dos parâmetros da responsabilidade ambiental (mormente no campo penal), elementos que servem de indicadores indispensáveis para definir o grau de maturidade ou desenvolvimento do sistema jurídico ambiental de um país.

Especificamente sobre o conjunto normativo básico (ou, se for o caso, da lei ambiental básica), é de suma importância que nesta seara sejam contemplados os mais destacados princípios ambientais e penais, bem como haja a demarcação institucional de medidas e instrumentos para a sua concretização, dentre estes o princípio da precaução e os estudos de avaliação e relato de impacto ambiental (entre nós o EIA e o RIMA³³²). É interessante que se desenvolva, na prática, um conceito de gestão ambiental democrática, a partir da participação da sociedade (efetividade do princípio da participação popular), contando, também, com a internalização dos custos ambientais nos processos produtivos. Por outro lado, é interessante que haja estímulos oficiais para as pessoas – físicas ou morais – que adotem práticas ambientais corretas ou que se disponham a redirecionar o rumo das suas ações porventura desviadas, estas últimas, se consideradas criminosas, com a redução da pena a partir da realização de compensações ambientais, por exemplo.

Outro mecanismo de participação comunitária que pode ser adotado, implicando numa melhoria da implementação da normativa ambiental, inclusive a penal, é a

³³² Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente.

ouvidoria ambiental cidadã. Sugere-se o estímulo à formação de uma entidade não-governamental com a finalidade de auscultar os interesses e as contribuições da comunidade para a eficácia e a efetividade das sanções penais, com indicativos, por exemplo, de quais serviços comunitários devem ser privilegiados para a execução das penas impostas nos termos do artigo 8º, I e 9º, ambos da Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Esta mesma ouvidoria pode colaborar com o juízo da execução penal, coadjuvando a fiscalização do correto cumprimento da pena³³³.

Também de grande valia para a eficiência da tutela jurídica ambiental, inclusive de matiz penal, é a adoção da técnica da legislação negociada. Através desse modelo – já usado com sucesso no campo trabalhista³³⁴ - o parlamento dialoga com setores representativos e legitimamente preocupados com as questões ambientais, extraindo desses conclaves as diretrizes para a formulação de uma legislação exequível, que tanto servirá como demarcadora das condutas dos destinatários na norma (presente aí o caráter preventivo do Direito Penal Ambiental), como permitirá a sanção, sem muitas críticas, dos transgressores ambientais. Uma legislação previamente negociada com as partes interessadas implica em um

³³³ Estas sugestões estão em consonância com a “Carta de São Luis do Maranhão”, elaborada durante o “III Seminário de Execução Penal e de Penas e Medidas Alternativas”, realizado em São Luis-MA, de 26 a 28 de outubro de 2005, em cujo texto estão lançadas, dentre outras, as seguintes propostas: “I - Fomento e promoção, por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, inclusive em parceria com os demais órgãos da execução penal e das penas e medidas alternativas, bem como com instituições de ensino superior e organizações não governamentais, de eventos e atividades propiciadoras de uma apreensão e compreensão mais ampla dos profissionais do direito e de áreas pertinentes, sobre as penas e medidas alternativas, viabilizando a troca de experiências e o intercâmbio científico entre seus membros; II – A ênfase na parceria entre órgãos da execução penal e de penas e medidas alternativas com as instituições de ensino superior e organizações não governamentais, como forma de reunir esforços, competências e habilidades institucionais no enfrentamento teórico e prático da complexidade da questão penitenciária e da execução das penas e medidas alternativas; (...)XIII – Interligar as várias articulações em torno da execução penal, seja de ente público ou privado, a exemplo da RedeSol, interessadas na mudança do paradigma da prisão, a fim de promover a aplicação das penas e medidas alternativas, bem como a prevenção da violência e a Segurança Cidadã, com enfoque na dignidade humana e cultura da paz; (...)XV - Recomendar aos Tribunais de Justiça e às Procuradorias Gerais de Justiça que estimulem o avanço na aplicação das penas e medidas alternativas, e na instalação dos conselhos da comunidade. (...)XVII - Recomendar Convênios entre os Municípios, o Tribunal de Justiça, as Vara de Execuções Criminais e ONGS, para maior eficácia das penas e medidas alternativas;”. Disponível na Internet. [www.mj.gov.br/cnpcp/tmp/ Carta%20de%20São%20Luís%20-%20Redação%20final.pdf](http://www.mj.gov.br/cnpcp/tmp/Carta%20de%20São%20Luís%20-%20Redação%20final.pdf) – [26.05.2006].

³³⁴ Vide palestra do Professor Oscar Ermida Uriarte, proferida no Tribunal Superior do Trabalho, de cujo texto se extrai a seguinte assertiva: “É claro que existem várias formas de flexibilidade. Há a imposta unilateralmente pelo Estado, por meio de lei ou decreto ou a que vem por meio de convenções coletivas. Existe uma terceira que é a legislação negociada quando os sindicatos e os empregadores estabelecem algo que depois é abrigado pela lei.”. Disponível na Internet: http://www.tst.gov.br/noticias/textos/integra_oscaruriarte.html [15.05.2006].

maior grau de efetividade e eficiência. No Brasil, através de audiências públicas, inclusive promovidas pelo parlamento, já se opera um satisfatório grau de eficiência da legislação ambiental negociada. Exemplo claro dessa negociação orientadora da legislação ambiental pode ser visto quando da edição dos Planos Diretores dos mais diversos Municípios, sempre com alentada participação popular, na linha indicada pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (o Estatuto da Cidade).

Mais um mecanismo que leva ao sucesso da implementação da normativa ambiental é inserção, nos sistemas protetivos jurídicos do meio ambiente, da responsabilidade objetiva em matéria cível. Assenta-se na teoria do risco integral, ou seja, o dano ambiental deve ser reparado por quem o provocou, independente da existência de culpa. Para que se impute ao responsável pela atividade agressiva ao meio ambiente, não é preciso provar a culpa do agente e nem se o ato praticado foi lícito ou ilícito. É assim que comanda o art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81³³⁵.

Importante instrumento para os fins comentados é a inversão da carga probatória, tem-se esta como corolário do princípio da precaução ambiental, pois, conforme lembra Álvaro Luiz Valery Mirra³³⁶, ao operar-se a substituição do critério da certeza pelo critério da probabilidade, é possível afirmar-se que nas ações ambientais basta que o demandante demonstre a existência de elementos concretos “e com base científica que levem à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu a comprovação de que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alegada ou temida lesão ao meio ambiente.”.

³³⁵ Lei 6.938/81, art. 14, § 1º: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

³³⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito Ambiental: o princípio da precaução e a sua aplicação judicial. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora RT, ano 6, n. 21, pp. 92-102, janeiro/março de 2001.

6.5.2. Elementos de descrença na implementação da normativa ambiental.

Aponta-se, não sem razão, a ausência de sistematização da legislação ambiental como uma das mais relevantes causas da ausência de efetiva implementação da normativa ambiental. É verdade. Mas não é a única causa, especialmente porque a existência de uma lei básica (ou um conjunto básico de leis, como é o caso brasileiro, esclarecido linhas acima) bem pode suprir esse eventual defeito decorrente da dispersão normativa. A fase de construção e consolidação pela qual passa o Direito Ambiental decerto ajuda nessa aparente anomia, pois tanto os entes legislativos *stricto sensu*, como os órgãos da administração pública encarregados da regulamentação através de decretos, portarias e similares, não raro carecem de substrato técnico e acadêmico para realizar essa produção normativa de modo satisfatório.

Por outro lado, constata-se uma falta de vontade política dos governantes para ditar normas e logo executar as ações que assegurem o seu cumprimento. Pressão ideológica? É possível que sim. Nos países que vivem sob o capitalismo, é dessa corrente produtiva que parte a mais ferrenha reação às inovações protetivas do ambiente, debaixo da equivocada idéia de que meio ambiente são e meios produtivos não podem conviver, em total esquecimento das regras do desenvolvimento sustentável. Por outro lado, nos países de orientação socialista ainda existem bolsões de resistência às medidas de proteção ambiental, sob o temor de perder a corrida do chamado progresso industrial.

Também não pode ser desconsiderado como empecilho à eficaz implementação da normativa a ausência ou o insuficiente nível de educação ambiental da população. Apenas para exemplificar, somente com o advento da Lei N° 9.795, de 27 de abril de 1999, foi instituída a Política Nacional de Educação Ambiental, cujos frutos ainda não

estão maduros para colheita. Assim, diante de uma ainda não totalmente realizada política de educação ambiental, torna-se impossível que a população interiorize e incorpore em sua prática diária os preceitos legais do Direito Ambiental.

Mas, o que ora se reclama não diz respeito exclusivamente à educação ambiental formal, mas também àquela que é passada informalmente, através de propaganda ou de outros meios similares de multiplicação da informação. Essa implementação tem larga valia no campo do Direito Penal Ambiental, já que atua na área de prevenção através do desestímulo à prática de condutas atentatórias ao meio ambiente, que não raramente descambam para a prática de crimes.

Assim, é difícil (quicá impossível) que a população dê cumprimento satisfatório aos preceitos legais do Direito Ambiental, se lhe falta instrução e informação acerca de como portar-se diante das necessidades e peculiaridades do meio ambiente, especialmente se as suas carências maiores aparentarem antagônicas da preservação ambiental, tais como alimentação, emprego, meios populares de diversão (o uso indiscriminado da praia, por exemplo). Ademais, a falta de uma arrojada política de informação ambiental popular termina por eclipsar as eventuais preocupações das camadas sociais mais simples em relação aos temas ambientais, advindo, não raro, a prática de ilícitos desbordantes até mesmo para a área penal. É que as pessoas menos informadas (é dizer, com menor nível de educação ambiental) geralmente enxergam como o topo das suas aspirações cidadãs e politicamente exigíveis a prestação de emprego e/ou renda, alimentação, saúde, transporte, educação formal, lazer e cultura, não necessariamente nesta ordem. Nota-se que todos esses elementos têm como sujeito e destinatário único o homem. É tempo, pois, de ser melhormente democratizada a educação ambiental, de modo a levar o Direito Ambiental e o Direito Penal Ambiental para uma raia menos antropocentrista do que os demais ramos do Direito. Assim, existirá maior probabilidade do cumprimento voluntário da normativa

ambiental, evitando-se, inclusive, a prática de ilícitos nessa área, o que favorecerá à prevalência do Direito Penal mínimo, tema já abordado em outra parte deste ensaio.

6.5.3. No rumo da efetividade da implementação da normativa ambiental.

Em que pese as dificuldades acima listadas, é certo que já se vislumbra uma razoável nesga de formação de uma cultura legal ambiental no Mundo atual, inclusive nos países mais pobres e naqueles em desenvolvimento. Isto é, sem dúvida, um ponto positivo na construção da cidadania e da dignidade humana, a partir do reconhecimento da importância do meio ambiente e da ciência do elevado valor que este ocupa no rol dos bens juridicamente protegidos, tanto que desafiante de proteção penal.

Assim, a inserção da proteção ambiental, inclusive com previsão de sanções penais severas e modernas (responsabilidade penal da pessoa jurídica, por exemplo), no corpo da Constituição pode ser apontado como indicador do prestígio que o bem jurídico ambiental desfruta no sistema jurídico do País, favorecendo o respeito que se lhe devotam tanto os particulares como os próprios órgãos oficiais. Ainda que os resultados não sejam tão admiráveis nos primeiros anos, mercê, inclusive, de outros complicadores, conforme já demonstrado linhas acima, mas já é um bom começo.

Ademais, outras providências podem ser alinhadas como inclinadoras do cumprimento da normativa ambiental, conforme adiante se vê.

Consoante já dito é necessário um sério investimento oficial na área de educação ambiental, sempre que possível em consórcio com a iniciativa privada. É preciso e urgente, pelo menos no caso brasileiro, uma profunda mudança no rumo da educação ambiental, buscando uma maior participação dos cidadãos no respeito à normativa ambiental

e no convencimento destes a não praticar infrações contra o meio ambiente, crimes dessa natureza. Essa maior amplitude da participação cidadã decerto enfrentará um obstáculo cultural, que é o hábito social de deixar tudo a cargo do Estado, com uma significativa retração do particular, vezo decorrente dos muitos séculos da democracia representativa, que porta inúmeras vantagens, mas também desvantagens como essa da acomodação.

Também se faz necessária uma guinada das tomadas de decisões estatais apenas – ou primacialmente – com informações ou sugestões geradas na área econômica, ficando em segundo plano a área social e em posição de muito desprestígio a área ambiental. É preciso que haja um emparelhamento dessas prioridades quando da tomada de decisões do Estado, inclusive com considerações nas diversas fases da formulação das políticas públicas.³³⁷

É preciso, outrossim, evitar a “natural” tendência do isolacionismo do Direito Ambiental e do Direito Penal Ambiental, bem como das políticas públicas que lhe são correlatas (até mesmo na área da execução penal, conforme acima já pontuado). Registre-se que essa inclinação ao insulamento é presente em vários ramos do Direito (o Direito Civil, por exemplo), mas não pode, de modo algum, estar presente nos dois segmentos ambientais aqui referidos, máxime por serem portadores de características de interatividade com outras áreas do conhecimento humano, não-jurídicas, consagrando assim a multidisciplinariedade que ajuda a construir a individualidade de cada um.

³³⁷ Há exemplo dessas considerações ambientais quando da formulação das políticas públicas pelo “Grupo de Trabalho Interministerial para a recriação da SUDENE”, que oficiou sob os auspícios da Secretaria de Políticas do Desenvolvimento Regional, do Ministério da Integração Nacional, advindo um documento denominado “Bases para a recriação da SUDENE - Por uma política de desenvolvimento sustentável para o Nordeste”, em cujo texto se lê: “a dimensão econômica passa a ter que conviver com outras dimensões importantes à vida social, como a ambiental (pela necessidade de pensar nas novas gerações), a social (pela urgência do combate à exclusão) e a cultural (como vem ressaltando a UNESCO, em defesa da afirmação das expressões culturais locais, em oposição à disseminação global de valores e visões de nações hegemônicas). (...) A proposta, portanto, para o Nordeste, é a de uma nova política regional, comprometida com a construção do desenvolvimento sustentável.”. Disponível na Internet: http://www.integracao.gov.br/download/download.asp?endereco=/pdf/sudene/versao_final_sudene.pdf&nome_arquivo=versao_final_sudene.pdf [23.05.2006].

Noutro passo, é evidente que uma das principais oportunidades de transformação positiva do Estado social é a descentralização dos serviços de maior alcance da população pelos diversos níveis de organização oficial. Assim, seguindo o esboço organizacional traçado no artigo 1º da Constituição Brasileira, a descentralização dos serviços ambientais pelos três níveis da República Federativa (União, Estados-membros e Distrito Federal e Municípios) só renderá bons dividendos, marcadamente em dois setores: a educação ambiental, instrumento de prevenção da prática de delitos nesse campo e o adequado acompanhamento do cumprimento das sanções alternativas impostas aos que cometem crimes contra o meio ambiente. Outrossim, é importante que se mantenham os níveis competenciais para a regência e a fiscalização dos problemas ambientais, restando, entretanto, que se desenvolvam mecanismos para evitar os conflitos de atribuições hodiernamente reinantes, notadamente na área de licenciamento.

Em outras linhas, é preciso a formulação de uma política ambiental com a ampla participação da sociedade civil, inclusive na construção dos tipos penais necessários (evitando-se a vergonhosa assertiva da “lei que não pegou”), mirando o enfrentamento que se dá entre as normas ambientais e direitos tão arraigados no entendimento popular, como é o caso daquele existente sobre a propriedade ou do direito ao trabalho. Não raro, por exemplo, invoca-se como uma estranha excludente de ilicitude de crimes ambientais no campo minerário o fato de a atividade agressora estar gerando empregos e estar sendo desenvolvida exclusivamente no seio de uma propriedade privada. A participação da sociedade civil na demarcação da atuação do Estado (administrativo e legislador) na área ambiental e penal, decerto consagrará, na prática, o princípio da cooperação, que já tem albergue no texto constitucional³³⁸, conforme lembra Celso Antonio Pacheco Fiorillo³³⁹, ao dizer que na vigente

³³⁸ Constituição Federal de 03 de outubro de 1988, art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

³³⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.37.

carta política brasileira a defesa do meio ambiente está cometida ao Estado e à sociedade civil, daí extraíndo-se, em liame com o poder público, “uma atuação conjunta entre organizações ambientalistas, sindicatos, indústrias, comércio, agricultura e tantos outros organismos sociais comprometidos nessa defesa e preservação.”. Ao permitir que todos os membros da sociedade civil exponham os seus pontos de vista, a título de colaboração com os serviços ambientais – inclusive os de ordem preventiva e repressiva penal – avança o Estado na consecução de bons resultados em prol do cumprimento da normativa ambiental, especialmente se assegura a esses cidadãos interessados a ciência das decisões que foram implementadas a partir das suas sugestões. Este último fato representa a efetividade do princípio da informação ambiental, já comentado em outra área deste trabalho.

Por fim, é imperioso que na elaboração das políticas sócio-ambientais e na formulação das regras de regulação das atividades potencialmente atentatórias ao ambiente seja tomado em conta o já mencionado princípio da participação popular ou comunitária. Essa ferramenta decerto extrairá melhores resultados, notadamente no campo da prevenção, pois a sociedade civil zelará muito mais pelo cumprimento da normativa ambiental, a partir da conscientização de que aquele conjunto de regulações é fruto, também, da sua iniciativa e colaboração. Isso ocorre no campo cível com maior frequência porque é mais amplo o espectro do grupo de leis e outros diplomas reguladores da questão ambiental. Mas também aparece na seara penal, onde a pressão social inibe a prática de crimes ambientais, mesmo só com o manejo da sanção moral.

ALGUMAS CONCLUSÕES

– I –

O ato jurídico é o fato que decorre da ação humana, voluntária e lícita, realizada com a finalidade de alcançar um resultado jurídico. Tanto que sob a regência do artigo 81 do revogado Código Civil Brasileiro de 1916, era considerado assim considerado todo aquele ato lícito que tivesse por objeto imediato a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação ou a extinção de direitos. Para tanto, presente a exigência de agente capaz, objeto lícito e forma não proibida ou prescrita por lei. Esse perfil permaneceu mesmo com o advento da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Novo Código Civil), ainda que tratado sob o *nomem juris* de “negócio jurídico”, com os seus atributos de validade, previstos no art. 104, que são: agente capaz, objeto lícito (possível, determinado ou determinável) e forma prescrita ou não defesa em lei.

O ato jurídico é um gênero, do qual a norma jurídica é espécie, assim posta como sinônima de ato jurídico normativo.

O garantismo jurídico evoluiu do âmbito estritamente criminal para alcançar os sítios da Teoria do Direito e sob este enfoque atua em quatro frentes, a saber: a) a revisão da teoria da validade, pugnano por uma distinção entre validade material e validade formal; b) perseguindo o reconhecimento de uma dimensão substancial da democracia, superando o caráter meramente procedimental desta; c) a atuação judicial não pode ficar submissa à lei tão somente porque esta existe formalmente, devendo evoluir para declarar-se submissa ao conjunto da forma e do conteúdo das normas, enfatizando o aspecto material destas; d) a

ciência jurídica deixa de ter um papel meramente descritivo para atuar de forma crítica e projetada para o futuro.

Apesar dos conflitos semânticos e das antinomias registradas pela doutrina, tem-se, em suma de pensamentos e opiniões, que carece de utilidade a distinção entre validade e eficácia das normas jurídicas, inclusive no âmbito do Direito Penal Ambiental.

Na seara da efetividade das normas do Direito Penal Ambiental, conclui-se ser a mesma a realização do Direito, quando este atinge o desempenho concreto da sua função social, simbolizando a ligação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Já a eficiência significa o integral reconhecimento do Direito pela sociedade, bem como pelos destinatários em geral da norma, que desta extraem o que de mais útil ela possa gerar.

– II –

As políticas criminais são um conglomerado de princípios e regras que servem de informação ao Governo, como balizas para a elaboração de normas criminais destinadas à prevenção dos delitos e à punição de quem os pratica.

Destarte, os reflexos culturais, econômicos, sociais, políticos, ideológicos e históricos de uma sociedade influem decisivamente na eleição das condutas que merecem tratamento penal, interferindo também, e ao depois, no qualitativo e no quantitativo das penas atribuídas aos infratores. É evidente que esses parâmetros têm serventia destacada quando se cuida de prevenir e reprimir, com medidas penais, as transgressões que atingem o meio ambiente de forma relevante e que não podem ser solvidas apenas no campo civil e administrativo, sendo imperiosa, portanto, a interferência do Direito Penal Ambiental.

Não se pode esconder a crise atravessada pelo Direito Penal como instrumento eficiente de controle social pelo lado repressivo. Assim, nesse espaço ganha prestígio a missão simbólica dessa rama jurídica, que se impõe mais pelo flanco educativo, pedagógico (e por isso mesmo preventivo), do que como solucionador dos problemas sociais, inclusive os ambientais, pela repressão.

Sobre o minimalismo penal, tem-se que este vem ampliando o seu raio de prestígio nos dias atuais, impondo ao Direito Penal Ambiental os limites da sua própria utilidade, evitando que se traga para os sítios desta nova rama jurídica assuntos que essencialmente não se albergam nos seus fins. Mas, considerando que parte da sociedade hodierna ainda não valora devidamente o bem jurídico ambiental, por vezes o que parece ser um exagero em termos de criminalização (se comparado com a tutela penal de outros bens jurídicos), pode ser, na verdade, a imprescindível atuação do Estado em prol da causa e dos bens ambientais. Ou seja, a *ultima ratio* em matéria ambiental tem que ser medida com muita cautela, para não findar estimulando e caracterizando o absenteísmo legislativo do Estado.

– III –

Em termos de tutela penal ambiental, tem-se que esta não é prestada ao homem, mas sim ao meio ambiente, mercê da fuga que a comunidade científica da atualidade empreende da ultrapassada teoria do antropocentrismo, que coloca o homem como a completa e exclusiva razão da existência do Direito. Nada obstante, amplia-se, também, a idéia de que, sendo a salubridade ambiental uma condição para o desenvolvimento do homem, é de ser tido como direito da personalidade (e pois, componente dos Direitos Humanos de terceira geração) o direito ao ambiente.

É certo, portanto, que o problema ambiental é intrinsecamente social. E nesse diapasão, a procura de soluções para a proteção do meio ambiente objetiva, também, protegê-lo e preservá-lo como patrimônio da sociedade e imprescindível ao bem-estar do homem.

Visto de modo global, o Direito empresta inegável proteção ao meio ambiente, desde a época em que esse bem não tinha a saliência que detém nos tempos atuais. Entretanto, mercê da irreversível tendência das ciências sociais para a especialização, acompanhando, quanto possível, os avanços e as conquistas da humanidade, é de grande valia a atuação do Direito Penal Ambiental visando equalizar satisfatoriamente as ligações entre o homem e o meio que o entorna, especialmente no que diz respeito aos recursos naturais, harmonizando o patrimônio ambiental do planeta com as necessidades da sociedade.

O meio ambiente configura bem jurídico difuso, de categoria especialíssima, mercê da sua fragilidade.

– IV –

A correta eleição e a boa aplicação de princípios jurídicos postos a serviço do Direito Penal Ambiental têm-se mostrado como uma excelente ferramenta na busca da eficácia, da efetividade e da eficiência dessa nova rama do Direito. Mas, para que se consiga essa destacada utilidade a partir do manejo dos princípios jurídicos pertinentes, necessária se faz a atenção para alguns aspectos importantes sobre os mesmos, a saber: a) nem sempre os princípios gozaram do prestígio do qual desfrutam atualmente. Deve-se, pois, dar atenção para que eles permaneçam num bom patamar de respeitabilidade, mercê da sua importância para o bom funcionamento dos sistemas jurídicos; b) as normas se subdividem em princípios e

regras. Os princípios existem como normas mais abstratas. As regras não transportam, destacadamente, valores, sendo este o mister preponderante dos princípios; c) os princípios atuam como mandados de otimização, para que as regras sejam aplicadas com maior utilidade; d) a antinomia entre duas regras implica na saída de uma delas do sistema jurídico, enquanto no conflito entre dois princípios, deve haver uma compatibilização das partes aproveitáveis de cada um; e) os princípios são, na essência, conceitos jurídicos indeterminados, em maior ou menor grau; f) atualmente os princípios são dotados de força normativa, em que pese a contestação dessa feição, a cargo de vozes autorizadas. Vinculam, portanto, os órgãos constitucionais do Estado (Judiciário, Legislativo e Executivo) e as pessoas físicas e jurídicas privadas, advindo conseqüências jurídicas em caso de desatenção aos mesmos.

Um largo rol de princípios específicos (ainda que forjados a partir de outros princípios pré-existentes) serve ao Direito Penal Ambiental, a saber: o da cooperação (ou da participação); o da precaução; o do poluidor-pagador; o do ônus social; o do desenvolvimento sustentado (ou sustentável); o da informação ambiental; o da educação ambiental; o da legalidade penal; o da lesividade (ou da ofensividade ou da danosidade); o da intervenção mínima; o da fragmentariedade; e o da adequação social.

– V –

Tem o Direito Penal Ambiental o escopo de prestar proteção ao patrimônio ambiental, considerado em si mesmo, bem assim tutelar o ambiente como um bem que auxilia a felicidade e a preservação da espécie humana, sem que isto venha transmudar o perfil dessa novel rama jurídica em antropocentrismo. Assim, o bem jurídico primordialmente tutelado é o

meio ambiente, independente dessa tutela se espargir, positivamente, para albergar outros bens, como, *v.g.*, a vida e a higidez da saúde do homem.

Na eleição dos bens jurídicos específicos que devem receber a tutela do Direito Penal Ambiental, deve o legislador nortear-se pelas pautas da axiologia, evitando sancionar em demasia condutas que não têm grande repercussão valorativa para a sociedade, bem como, por outro lado, laborar em omissão, sob o estímulo de interesses mesquinhos e recusáveis, como os da “geração de emprego e renda” em detrimento da preservação ambiental.

Por outro ângulo, não deve o legislador ter como absolutos os argumentos esgrimidos por setores da doutrina – autorizada, diga-se de passagem - que postulam em favor da descriminalização das providências protetivas do meio ambiente, sob a justificativa de que a ausência de plasticidade do Direito Penal termina por inibir uma eficiente proteção dos bens ambientais, que ficarão mais bem tutelados em searas extra-penais do Direito. Com efeito, bom seria se não houvesse necessidade da interferência do Direito Penal nessa área. Ou melhor, seria excelente que nem houvesse necessidade de o Direito nela intervir. Entretanto, em razão dos desencontros sociais e dos exageros que podem ser debitados à atividade humana, a ausência da intervenção estatal nos conflitos de índole ambiental pode significar um completo desastre, de efeitos incidentes sobre a atual e sobre as vindouras gerações. E essa intervenção não pode ocorrer apenas no campo extra-penal (do Direito Administrativo, por exemplo), pois até mesmo em países onde a estrutura da Administração Pública é bem aparelhada para inibir e coibir as ações atentatórias ao meio ambiente, necessário se fez o chamamento do Direito Penal para complementar essa tutela.

Reclama-se, no entanto, moderação do legislador penal quando ingressa nessa seara. O temperamento é sempre indicado para a preservação do prestígio do Direito Penal na formulação dos seus tipos, que, por seu turno, devem obter bons resultados sociais,

desde a sua imposição (missão preventiva) até a sua efetiva aplicação (missão repressiva). E isso não pode ser diferente quando o trato é da alçada do Direito Penal Ambiental.

– VI –

Os tipos penais abertos são toleráveis em matéria ambiental, assim como já o são na tutela de diversos bens jurídicos “clássicos”, como a vida humana (homicídio culposo, por exemplo). A excelência do bem jurídico ambiental, com as suas características e vicissitudes, especialmente pela sua fragilidade, justifica a flexibilização do princípio da legalidade estrita. Mesmo assim, é preciso parcimônia no manejo dos tipos abertos, que só devem ser editados nos casos de necessidade incontornável.

– VII –

Também a norma penal em branco é uma exceção que deve ter espaço na matéria ambiental, desde que não seja possível a fidelidade estrita ao sub-princípio da *lex certa*.

– VII –

A culpabilidade persiste como um elemento definidor da responsabilidade penal da pessoa individual, enquanto o risco e a disfunção compõem a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

– VIII –

A multidisciplinariedade do Direito Penal Ambiental é indispensável para a construção de tipos penais que realmente protejam o meio ambiente com eficiência.

– IX –

O Direito Penal Ambiental deve estar permanentemente cercado de instrumentos jurídicos que permitam atuar de forma eficaz e eficiente em prol do meio ambiente. Exemplo desses mecanismos é a transação penal e a educação ambiental, esta última representada no caráter de prevenção geral do Direito Penal Ambiental.

– X –

O Direito Penal Ambiental é eficaz em razão de ser legítima a sua origem, de ser formalizado através de veículo idôneo (o conjunto normativo) e por haver conseguido a respeitabilidade e o acatamento por parte da comunidade que dela é destinatária, mesmo sendo um ramo jurídico ainda moderno.

– XI –

Afirma-se também que o Direito Penal Ambiental é dotado de efetividade em razão do desempenho concreto de sua função social. Ou seja, está atendendo aos reclamos da sociedade por uma proteção penal para o meio ambiente, dês que os outros instrumentos jurídicos extra-penais não bastem para assegurar essa tutela.

– XII –

Sobre a eficiência do Direito Penal Ambiental, pode ser dito que a permanência desse atributo como etiqueta no novo ramo jurídico em estudo depende muito da existência de um conjunto normativo sintético, que facilite o conhecimento pela sociedade e um manejo fácil pelos profissionais e agentes estatais envolvidos com a proteção ambiental. A hipertrofia de conglomerado de normas poderá implicar em um retardamento na aplicação das sanções penais, advindo a perda da credibilidade do Direito Penal Ambiental perante a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I - LIVROS.

ALVES, Roque de Brito. *Estudos de ciência criminal*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1993.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Societas delinquere potest. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 72-94.

_____. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – Aspectos. *Sistema Penal para o Terceiro Milênio*. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; SANTOS, Marino Barbero. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho Penal. Introducción y parte general*. 16a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, São Paulo, v. 2, p. 226-236, 1993.

_____. Implementação da legislação ambiental. *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, São Paulo, v. 2, p. 360-378, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de Direito Penal*. 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 26. vol. I.

_____, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas às penas de prisão - Lei 9.099 de 26.09.95*. 2a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____, Cezar Roberto. Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 4a. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. Apelação Criminal 93.04283-99. Relator Juiz Wilson Darós, *Diário da Justiça*. Brasília, 06 set. 1995.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. Apelação Criminal 2003.34.00.038111-1. Relator Juiz Saulo Casali, *Diário da Justiça*. Brasília, 11 nov. 2005.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. tomo 1.

CAFFERATTA, Nestor Antonio. *Introducción al derecho ambiental*. Buenos Aires/Ciudad de México: Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), Instituto Nacional de Ecología (INE) y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Buenos Aires: EJE, 1944. p. 24. vol. I.

CARBONIER, Jean Carbonnier, *Sociologia Jurídica*. Tradução de Diogo Leite de Campos. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O meio ambiente nos tribunais: do direito de vizinhança ao direito ambiental*. São Paulo: Método, 2003.

CARVALHO, Ivan Lira de. A tutela jurídica da caatinga. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). *Direito Ambiental em evolução*, n. 3. Curitiba: Juruá, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção jurídica do meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e movimentos de política criminal*. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação Ambiental, princípios e práticas*. 5a. ed. São Paulo: Global - Gaia, 1998.

DIEGUES, Antonio Carlos S. *O Mito Moderno da Natureza Intocada*. 2a. ed. São Paulo: HUCITEC, 1998.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DUQUE, José Guimarães. *Solo e água no polígono das secas*. 5a. ed. Brasília: CNPq, 1980. (Coleção Mossoroense, volume CXLII).

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. Curitiba: Juruá, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouokr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sergio. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. São Paulo: Forense, 1975.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução de Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7a. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios de processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS, Gilberto Passos de. Tutela Penal do Meio Ambiente. In *Dano Ambiental - Prevenção, Reparação e Repressão*, vol. 2. São Paulo: RT, 1993. vol. II.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e Sensibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 3a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 46-50.

GUIMARÃES, Issac Sabbá. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e definições*. Curitiba: Juruá, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução de F. Munõz Conde e L. Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

_____, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HULSMAN, Louk; CELLIS, Jaqueline Bernat de. *Penas Perdidas*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2a. ed. Niterói: Luam, 1997.

JAKOBS, Günter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. 2a. ed. Niterói: Luam, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LECEY, Eládio. A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.

LEONARD, H. Jeffrey. *Meio ambiente e pobreza: estratégias de desenvolvimento para uma agenda comum*. LEONARD, H. Jeffrey (org). Tradução de Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal - Projeções contemporâneas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Princípio da insignificância no direito penal: análise à luz da Lei n. 9.099/95: Juizados especiais criminais e da jurisprudência atual*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LUNA, Everardo da Cunha. *Estrutura jurídica do crime*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 7a. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MAÑAS, Carlos Vico. *O Princípio da Insignificância como excludente de tipicidade no Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficiência – 1ª. Parte*. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIGLIARI JÚNIOR, Arthur. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo/Campinas: Lex e CS Edições Ltda., 2002.

MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal Ambiental*. Campinas: Milenium, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4a. ed. Coimbra: Coimbra, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. I.

MORAND-DEVILLER, Jaqueleline. *L'environnement et le droit*. Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, E.J.A., 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*. São Paulo: Forense, 1975.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

NUVOLONE, Pietro. *O sistema do Direito Penal*. Tradução de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, William Terra. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sistema de imputação. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 160-174.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCrim, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I.

PIERANGELI, José Henrique. A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas e a Constituição. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 28, 1992.

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

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Crimes Contra o Meio Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4a. ed. Paris: Dalloz, 2000.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito Penal – Lineamentos para um Direito Penal Mínimo*. 2a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Barcelona: Ariel, 1986.

RÁO, Vicente. *Ato ilícito*. São Paulo: Saraiva, 1979.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 2a. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A responsabilidade penal da pessoa jurídica: Direito Penal na contramão da história. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 95-103.

ROCHA, Fernando Antonio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROTHERBURG, Walter Claudius. *A responsabilidade jurídica da pessoa criminosa*. Curitiba: Juruá Editora, 1997.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal*. Tradução de Carmen Gómez Rivero e Maria del Carmen García Cantizando. Valencia: Editorial Tirant lo Blanche, 2000.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *A expansão do Direito Penal – Aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 104-130.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 1998.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia Crítica*. Tradução Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. São Paulo: Graal, 1980.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

TIEDEMANN, Klauss. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado. In: GOMES, Luiz Flávio. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 25-45.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

WATANABE, Kazuo. Arts. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Princípios de Direito Ambiental*. Belo Horizonte: [s.n.], 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la Política Criminal. *Direito Criminal*, Belo Horizonte, p. 9-40. 2000.

II – ARTIGOS.

ACKEL FILHO, Diomar. O Princípio da insignificância no direito penal. *Revista jurisprudencial do tribunal de alçada criminal de São Paulo*, São Paulo, p. 73, abr./jun. 1988.

ALVES, Rogério Pacheco. A transação penal como ato da denominada jurisdição voluntária. *Doutrina*, Rio de Janeiro, v. 9, p. 211-229. 2000.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. Falácia do Abolicionismo. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 62. 1998.

AZEVEDO, Tupinambá Pinto. Crime ambiental: anotações sobre a representação, em juízo, da pessoa jurídica e seu interrogatório. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 208-240, abr./jun. 2006.

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 37. 1991.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito – (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Direito Federal – Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil*, Brasília, ano 23, n. 82, p. 109-159, out./dez. 2005.

BASOCO, Juan Terradillos. Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1. 1991.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade Penal Ambiental no Brasil. *Revista da AJUFE – Estudos em homenagem a Jesus Costa Lima e Hugo de Brito Machado – 16º Encontro Nacional de Juízes Federais*, Brasília, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos e. Objectivos do Direito Ambiental. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Porto, Série de Direito, Número Especial, 1996.

_____. A implementação do Direito Ambiental no Brasil. *Lusíada: Revista de Ciência e Cultura*, Lisboa, Série 1, n. 1-2, p. 277-312, 2003.

BEZERRA, Maria do Carmo de Lima; CAPPELLI, Silvia; RUSCHEL, Caroline. Indicadores de aplicabilidade e cumprimento da norma ambiental para ar, água e vegetação. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 208-240, abr./jun. 2006.

BIACHINI, Alice. *A concepção minimalista do Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 04 dez. 2000.

BONAT, Luiz Antonio. Pessoa Jurídica: das penas aplicadas e dosimetria. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 75-100.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Actos Jurídicos públicos e responsabilidade por danos ambientais. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 9, p. 69, 1993.

CANTARELLI, Margarida de Oliveira. O território do Estado e a gradação da soberania. *Revista da Escola Superior de Magistratura da 5ª Região*, Recife, n.1, p. 104, 2001.

CAPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 131-136, jan./mar. 1977.

CAPPELLI, Silvia. Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental, uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 1, p. 100-106, 1995.

CAPPELLI, Sílvia. BEZERRA, Maria do Carmo de Lima. RUSCHEL, Caroline. Indicadores de aplicabilidade e comprimento da norma ambiental para ar, água e vegetação. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, n. 42, pp.134-161, abr./jun. 2006.

CARVALHO, Ivan Lira de. A interpretação da norma jurídica (Constitucional e Infraconstitucional). *AJURIS*, Porto Alegre, vol. 58, pp. 306-322, 1994.

_____. O Direito Penal como instrumento inibidor da violência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 5, n. 18, pp. 69-76, abr.-jun./97.

_____. Direito Penal mínimo, eximentes e dirimentes nos crimes ambientais. *Enfoque Jurídico*, suplemento do Informe do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, n. 04, p. 16, jan/fev/97.

_____. A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública – O descaminho de mercadorias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 4, n. 14, pp. 215-219, abr.-jun./96.

CARVALHO, Salo de; RUDNICKI, Dani. *Política de tutela ambiental - Proposta de debate ao texto de Bechara [on-line]*. Disponível em: <<http://www.mgnet.com.br/ibccrim>> Acesso em: 16 mai. 1997.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. O Supremo Tribunal Federal e a inconstitucionalidade por omissão parcial. *Revista da Escola Superior de Magistratura da 5ª Região*, Recife, n.2, p. 21, 2001.

CONDE, Francisco Muñoz. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal Español de 1994. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 7-20, jul./dez. 1995.

CONDE, Francisco Muñoz. La protección del medio ambiente em el nuevo Código Penal Español. Apud BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade Penal Ambiental no Brasil. *Revista da AJUFE – Estudos em homenagem a Jesus Costa Lima e Hugo de Brito Machado – 16º Encontro Nacional de Juízes Federais*, Brasília, Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, p. 290. 1999.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz. A importância da tutela penal do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 8, n. 31, p. 58-99, jul./set. 2003.

_____. Crimes de perigo e riscos ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, n. 42. pp. 5-24, abr./jun. 2006.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Existência, vigência, validade, eficácia e efetividade das normas jurídicas. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, Brasília, n. 2, p. 155-169, jan./mar. 1993.

D'AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, pp. 9-35, jul./ago. 2006.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 11, p. 184-207, 1995.

FERREIRA, Carla Rodrigues. *Abolicionismo: uma tendência doutrinária ou um apelo social?* Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>> Acesso em: 06 out. 2003.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A contribuição da Lei dos Crimes Ambientais na defesa do meio ambiente.* Disponível em: <http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/ambiental2006/VladimirPassosdeFreitas.doc?PHPSESSID=b53f3177049f3f729064079dc01d0a2f> Acesso em : 22 mar. 2006.

SLAIBI FILHO, Nabige. *Discrecionalidade e conceitos indeterminados na Constituição.* Disponível em: <http://200.198.41.151:8080/tribunal_contas/1999/01/-sumario?next=7> Acesso em: 23 jan. 2006.

FREITAS, Vladimir Passos de. Direito Ambiental. *Correio Brasiliense*, Brasília, 18 nov. 1996. Caderno Direito e Justiça, p. 7.

_____. *A contribuição da Lei dos Crimes Ambientais na defesa do meio ambiente.* Disponível em: : <http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/ambiental2006/VladimirPassosdeFreitas.doc?PHPSESSID=b53f3177049f3f729064079dc01d0a2f> Acesso em: 22 mar. 2006.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Fundamentos filosóficos do Direito Ambiental.* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5795>> Acesso em: 22 abr. 2006.

GRAF, Ana Cláudia Bento. O Direito à Informação Ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Direito Ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, 1998. P. 12-13.

JESUS, Damásio Evangelista de. Descumprimento da pena restritiva de direitos na transação penal - importante acórdão do Supremo Tribunal Federal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 91, p. 7, jun. 2000.

KRELL, Andréas Joachim. *Concretização do dano ambiental - Algumas objeções à teoria do "risco integral"*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1720&p=2>> Acesso em: 23 jul. 2005.

LORETO, Sylvio. A questão urbana e o projeto de lei do uso do solo. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, ano 12, v. 57, p.61, out. 1988.

LUCAS, Jaime. *Controle a ferro e fogo*. Disponível em: <http://revistagloborural.globo.com/GloboRural/0,6993,EEC753574-1641,00.html>> Acesso em: 26 mar. 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental e Princípio da Precaução*. Disponível em: <<http://www.merconet.com.br/direito/1direito.htm>> Acesso em: 14 fev. 2006.

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>> Acesso em: 21 abr. 2006.

MARTINS, Ricardo Mafféis. *A falência do programa de "tolerância zero"*. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/CMSemanal/050401-3-Maffeis.htm>> Acesso em: 09 abr. 2001.

MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o direito penal do ambiente? *Lusíada – Revista de Ciência e Cultura*,. Porto, pp. 386-387, 1996.

MELOSSI, Dario. Ideologia y Derecho Penal: ¿El garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 57. 1991.

MILARÉ, Édís. Os princípios fundamentais do Direito do Ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 756, p. 53-68, out. 1988.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 21, p. 92-102, 2001.

MUKAI, Toshio. Aspectos jurídicos da proteção ambiental no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 73, pp. 288- 295. 1995.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 170, p. 130, abr-jun 2006.

OLIVEIRA, Salete Magda; PASSETI, Edson. Abolicionismo penal: Uma nova perspectiva para advogados, promotores e juízes. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 59, 1997.

OLIVEIRA, Edmundo. As Vertentes da criminologia crítica. *Cadernos da Pós - Graduação em Direito da UFPA*, Belém, v. 1, n. 3, p. 1-12, abr./jun. 1997.

PASSETI, Edson. SILVA, Roberto Dias da. Abolicionismo penal e os direitos de cada um. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 59, 1997.

PASSETI, Edson. SILVA, Roberto Baptista Dias da (organizadores). *Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, *Boletim IBCCrim*, São Paulo, p. 7, 1997.

POZO, Israel Hernández. *Importancia de la protección penal del medio ambiente*. Disponível na Internet: <http://www.medioambiente.cu/revistama/8_02.asp> Acesso em: 21 mar. 2006.

QUEIROZ, Paulo, PINHO, Ana Cláudia. Tentativa e os princípios da ofensividade e proporcionalidade : uma necessária aproximação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.11, n.134, p. 10-12, jan. 2004.

RUDNICKI, Dani; CARVALHO, Salo de. Política de tutela ambiental: Proposta de debate ao texto de Bechara. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 53, p. 15, abr. 1997.

SÃO PEDRO, Maria de Fátima Alves. *Meio ambiente: respaldo constitucional*. Disponível em: <<http://www.estacio.br/campus/centro2/publicacoes/MEIO%20AMBIENTE.pdf>> Acesso em: 12 fev. 2006.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. *Breves considerações sobre a criminalidade informática e a legislação penal no Brasil*. Disponível em: <<http://www.revista.grupointegrado.br/discursojuridico/include/getdoc.php?id=34&article=11&mode=pdf>> Acesso em: 14 mar. 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Questões polêmicas sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, Edição Especial, p. 8, abr. 1998.

SLAIBI FILHO, Nagibe. Discricionariedade e conceitos indeterminados na Constituição, em *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Disponível em: <http://200.198.41.151:8080/tribunal_contas/1999/01/-sumario?next=7> Acesso em: 23 jan. 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *O bem jurídico e a Constituição Federal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>> Acesso em: 13 mar. 2006.

TOPAN, Luiz. *apud* TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *O dano ambiental*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com.br>> Acesso em: 09 abr. 1997.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *O dano ambiental*. Disponível em: <<http://www.teiajuridica.com.br>> Acesso em: 09 abr. 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, jun. 1995.

III - RECOMENDAÇÕES DE CONCLAVES E DE ENTIDADES AMBIENTAIS.

Carta de São Luis do Maranhão, elaborada durante o “III Seminário de Execução Penal e de Penas e Medidas Alternativas”, realizado em São Luis-MA, de 26 a 28 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/cnpcp/tmp/ Carta%20de%20São%20Luís%20-%20Redação%20final.pdf>> Acesso em: 26 mai. 2006.

Bases para a recriação da SUDENE - Por uma política de desenvolvimento sustentável para o Nordeste. Grupo de Trabalho Interministerial para a recriação da SUDENE, que oficiou sob os auspícios da Secretaria de Políticas do Desenvolvimento Regional, do Ministério da Integração Nacional. Disponível em: <http://www.integracao.gov.br/download/download.asp?endereco=/pdf/sudene/versao_final_sudene.pdf&nome_arquivo=versao_final_sudene.pdf> Acesso em: 23 mai. 2006.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://forum-tt.com/index.cgi?contents=/texto.show.cgi/onpdelhkdf.prd>> Acesso em: 13 mar. 2006.

IV – JORNAIS E PUBLICAÇÕES VIRTUAIS AVULSAS.

Jornal Oficial da União Européia, 11 abr. 2002. p. 686. Acesso em: 23 ago. 2005.

Wikipédia – A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Vida>> Acesso em: 20 abr. 2006.

Audiência sobre corte de vegetação na área da usina de Barra Grande não chega a acordo. Disponível em: <http://www.trf4.gov.br/trf4/noticias/noticia_final.php?id=4295> Acesso em: 25 mar. 2005.

Entrevista ao site *DHNet – Direitos e Desejos Humanos no Ciberespaço*, publicada sob o título “Em vez de armas, adotar a tolerância zero”. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/pspinheiro/pspinheiro_toleranciazero.html> Acesso em: 13 jan. 2006.

V - TESES, DISSERTAÇÕES E MONOGRAFIAS ACADÊMICAS.

CARVALHO, Ivan Lira de. *Contribuição para a sistematização de um Direito Penal Ambiental*. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. 124 p.

CUIABANO, Renata Maciel. *A importância do princípio da insignificância diante da criminalização da pesca profissional em Mato Grosso: Uma abordagem a partir da filosofia de Enrique Dussel*. Dissertação (Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Aspectos penais da poluição sonora*. Dissertação (Mestrado do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo 152 p.