

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

AMANDA VAZ CORTESI

**A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL:
A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE PELA LEI 9605/98**

**CURITIBA
2007**

AMANDA VAZ CORTESI

**A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL:
A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE PELA LEI 9605/98**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Rodrigo Régner Chemin
Guimarães

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

AMANDA VAZ CORTESI

A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE PELA LEI 9605/98

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

Ao meu porto seguro, presente em todos os momentos, a pessoa em que me espelho para que possa alcançar um pouco do muito que é e daquilo que representa para mim. A pessoa pela qual dedico todo o percurso até aqui alcançado e a quem dedicarei todos os sucessos posteriores os quais sempre acreditou e incentivou. Minha vida e meu norte de vida, minha MÃE.

À minha “futura geração”, GUSTAVO, meu filho querido que pôs à disposição horas de brincadeiras e convivência e que merece, assim como todos nós, poder colher uma fruta de uma árvore não desmatada e poder beber de uma água pura, que possa conhecer tudo que a natureza oferece tendo a consciência de que para desfrutar é preciso também cultivar, com amor e respeito.

Ao FERNANDO, meu amigo, companheiro e amor que sempre compreensivo e com muita paciência me ajudou a alcançar os sonhos e me mostrou a alegria de um mundo novo, com menos preocupações e obrigações e mais momentos únicos que nunca retornarão da mesma forma e intensidade.

Dedico.

Ao meu orientador, professor RODRIGO RÉGNIER CHEMIN GUIMARÃES que, pela interlocução neste trabalho com dedicação e cuidado ao apreciar cada vírgula e colocações gramaticais demonstra que o conhecimento é algo a ser diariamente construído e que deve ser compartilhado para que outros possam descobrir e desenvolver suas habilidades.

Aos amigos que surgiram neste percurso da academia, na Escola da Magistratura do Paraná, cada qual com diferentes perspectivas profissionais e acadêmicas mas que me fizeram aprender algo novo. Amigos e futuros colegas que, como eu, levarão esses bons momentos para o resto de suas vidas.

Agradeço.

Levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão se o homem, num futuro próximo, solitário e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio de um parque forrado com grama plástica, ouvindo cantar um sabiá eletrônico, pousado no galho de uma árvore de cimento armado.

Manoel Pedro Pimentel

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	13
2.1 RETROSPECTO HISTÓRICO ACERCA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.....	13
2.2 A PREVISÃO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO ART. 225 DA CF/88.....	19
2.3 O MEIO AMBIENTE COMO MACROBEM.....	23
2.4 A DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE DIFUSO: A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO INTERESSE PÚBLICO E DIFUSO	25
2.5 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL.....	27
3 O DIREITO PENAL CLÁSSICO	36
3.1 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL.....	36
3.1.1 O princípio da intervenção mínima	44
3.2 A IMPORTÂNCIA SOCIAL DO DIREITO PENAL.....	49
3.2.1 As missões do direito penal	49
3.2.1.1 A proteção dos bens jurídicos.....	52
4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL	56
4.1 A GLOBALIZAÇÃO COMO FATOR DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	56
4.1.1 A expansão decorrente do surgimento da sociedade de risco.....	63
4.2 O SURGIMENTO DE NOVOS INTERESSES E DE NOVOS RISCOS.....	68
4.3 A "ADMINISTRATIVIZAÇÃO" DO DIREITO PENAL.....	73
5 ANÁLISE DA LEI 9605/1998	77
5.1 ANÁLISE CRÍTICA DOS TIPOS PENAIIS INSERIDOS NA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS.....	77
5.2 PROTEÇÃO DOS BENS AMBIENTAIS OU DO PODER ADMINISTRATIVO DO ESTADO?.....	85
5.3 RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDANTES DO DIREITO PENAL OU NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE NOVOS BENS JURÍDICOS ATÉ ENTÃO INEXISTENTES?.....	92
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
REFERÊNCIAS	104

RESUMO

A importância da proteção ambiental na sociedade atual, inserida num contexto globalizado em que a busca pela concretização de valores sociais supera a tradicional visão individualista patrimonial do direito privado é demonstrada por uma evolução contínua que desemboca na Carta Constitucional de 1988 que refletiu essa mudança de paradigmas no direito, incluindo dentre as suas previsões de direitos fundamentais, o direito a um meio ambiente sadio, protegendo-o para as presentes e futuras gerações. A partir de então, incrementam-se inúmeras discussões acerca da necessidade de proteção mais efetiva destes “novos bens jurídicos” por meio da formulação de tipos incriminadores. O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar a realidade atual do Direito Penal, criado inicialmente com o escopo de atender somente questões que não poderiam ser resolvidas pelos demais ramos do Direito e, na atualidade, utilizado como “prima ratio” na proteção de bens jurídicos considerados indispensáveis ao desenvolvimento do homem, o que muitas vezes é erroneamente interpretado, funcionando como força coercitiva que fornece maior poder às deliberações da Administração Pública no que tange à proteção destes bens. Partindo da análise do bem jurídico ambiental, a pesquisa problematizará o surgimento de novos bens jurídicos que demandam proteção em consequência do modelo capitalista adotado pela sociedade e questionará se a criminalização em matéria ambiental atende efetivamente seu escopo inicial ou apenas se dá por interesses administrativos do modo em que se encontra na legislação especial em análise, desvirtuando as funções e objetivos do Direito Penal e relativizando seus princípios fundantes, principalmente do princípio da intervenção mínima.

Palavras-chave: meio ambiente; bem ambiental; direito penal; crimes ambientais; sanção administrativa; princípio da intervenção mínima

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com o meio ambiente não é recente, contudo, diante dos elementos isolados na natureza, sua proteção se dava de forma unitária e imediatista. Somente na atualidade é que esta se efetiva diante da crise ambiental que se apresenta como decorrência da busca desenfreada do ser humano pelo desenvolvimento, desconsiderando a importância da manutenção de sua qualidade de vida propiciada por um meio ambiente sadio.

Na visão de François Ost (A natureza à margem da lei. A ecologia à prova do direito. p. 10. *Apud*. MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei n. 9605/98)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 8.)“a modernidade transformou a natureza em três etapas: a primeira efetivou-a como ambiente, cenário em que o homem se proclamava 'dono e senhor'; em etapa posterior, essa natureza perde sua 'consistência ontológica', passando a ser um reservatório; por fim, uma terceira etapa, em 'depósito de resíduos”.

Essas complexidades decorrentes da vida em sociedade exigem do Estado uma maior intervenção e também uma atuação mais efetiva do legislador, que passa a promover valores e políticas públicas através do direito. A generalização do que até então era fragmentado a exemplo do direito das águas, direito florestal, direito agrário, direito da energia, etc., preenchendo lacunas do nosso sistema jurídico para tratar a matéria de forma adequada e satisfazer os anseios sociais se dá somente com a Carta Constitucional de 1988, momento em que o meio ambiente foi elevado à categoria de valor constitucional. Todavia somente dez anos mais tarde é que

essa proteção adquire sistematicidade de seus meios coercitivos em âmbito penal e administrativo pela Lei n. 9605/1998 em busca de sua efetivação.

A referida lei veio ao encontro dos interesses dos ambientalistas brasileiros, porém elevou à categoria de delitos comportamentos antes classificados como meras infrações administrativas ou ainda, apenas como contravenções penais, entrando por essa razão, até mesmo em dissonância com os princípios constitucionais penais, já consagrados juridicamente e socialmente aceitos, principalmente com relação à intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal.

Na obra de Jesús-María Silva Sánchez (**A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2002) o autor demonstra que o Direito Penal vem se caracterizando pela instituição de novos bens jurídicos, pela ampliação dos riscos penalmente relevantes, pela flexibilização das regras de imputação e pela relativização dos princípios. Demonstra existir ainda duas outras fortes correntes, uma defendendo a recondução da intervenção punitiva do Estado a um Direito Penal mínimo e outra ligada ao Direito Penal socioeconômico, que conduz a um incremento das penas e relativização das garantias substantivas e processuais. Adverte com isso para a tendência à “perenização da emergência” em desconsideração aos princípios de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia do Direito Penal.

Seguindo ainda a mesma idéia, Ulrich Beck (**La Sociedad Del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002) demonstra o surgimento de uma “sociedade de risco”, decorrente da globalização e da busca desenfreada pelo lucro sem a preocupação de suas conseqüências futuras, já visíveis em nossa realidade hodierna e em sua maioria irreversíveis, tendo como maior exemplo os

danos causados ao meio ambiente.

Analisando a globalização como fator de expansão do Direito Penal, demonstra-se o surgimento de novos interesses e novos riscos no seio da sociedade, o que demanda do Estado social uma resposta que garanta a paz social e seu desenvolvimento sadio.

Tomando com maior afinco a Lei dos crimes ambientais, Lei 9605/1998, resta-nos discutir se esta criminalização, da forma como hoje se encontra, objetiva a proteção de novos bens jurídicos até então à margem de proteção penal ou busca tão somente reafirmar o poder de comando da Administração que tem dificuldade em ver obedecidas suas determinações apenas com seus meios coercitivos, exigindo então auxílio do Direito Penal para tal fim, processo este a que SILVA SÁNCHEZ denomina “administrativização do Direito Penal” e que se caracteriza pela atribuição de sanções de natureza penal a fatos privados de profundo significado ético-social.

Cotejando os princípios do Direito Penal clássico, dando ênfase ao princípio da intervenção mínima, e as missões incumbidas a este ramo do direito dentre as quais prevalece a proteção de bens jurídicos, questiona-se se estas novas exigências atribuídas ao ramo penal não desnaturam sua essência.

Partindo esta problemática, Miguel Reale Júnior (**A lei hedionda dos crimes ambientais**. Folha de São Paulo, 6 abr. 1998, p. 3) demonstra que não obstante aos avanços incontestáveis da lei de crimes ambientais, a mesma merece críticas que serão discutidas.

Exemplo disso é o artigo 29 da referida lei que prevê sanção criminal ao ato de “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”.

Significa dizer que, com autorização a matança de animais não significa lesar o ambiente? Não nos parece que o objetivo deste dispositivo e de tantos outros seja a proteção dos bens jurídicos e essa é a razão do questionamento a ser formulado, desenvolvido e, quiçá, esclarecido. Resultaria muito simples ocultar a dificuldade parcializando a exposição e limitando-a ao aspectos por nós entendidos e por tal motivo restarão demonstradas nossas dúvidas ainda que algumas afirmações, por demais sintéticas, possam tornar-se críticas.

O sistema punitivo hoje existente para questões ambientais traduz mais um trabalho de educação do que propriamente o exercício de poder de polícia do Estado e por este motivo essa criminalização merece críticas. O Direito Penal busca o apaziguamento social, devendo a proteção de bens difusos, como são os bens ambientais, serem protegidos pelo Estado e por toda a coletividade, pois se apresenta comum a todos os seres que habitam o planeta o interesse por um meio saudável.

Essa é a razão de indagarmos se a introdução de sanções penais para a proteção da natureza objetiva mesmo a proteção dos bens ambientais ou tão somente do poder administrativo do Estado e, finalmente, se esta inovação decorre da exigência de proteção de novos bens jurídicos até então inexistentes, demandando uma relativização dos princípios fundantes do Direito Penal para que seja capaz de ir além dos bens individuais tradicionalmente protegidos por este ramo do direito.

2 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

2.1 RETROSPECTO HISTÓRICO ACERCA DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A preocupação com o meio ambiente não é recente¹, contudo, diante de elementos isolados na natureza, sua proteção se dava de forma unitária e imediatista. Somente na atualidade, a partir da segunda metade do século XIX, é que esta se efetiva diante da crise ambiental que se apresenta como decorrência da busca desenfreada do ser humano pelo desenvolvimento, desconsiderando a importância da manutenção de sua qualidade de vida propiciada por um meio ambiente sadio. Neste sentido dispõe FAGUNDEZ:

Em verdade, a sociedade capitalista de consumo não consegue conter a sua própria vontade de autodestruição. O interesse é imediato. É a vontade de suprir uma necessidade inexistente. Ou uma necessidade que, uma vez suprida, gera novas necessidades. Em decorrência, fundamentalmente, do marketing, que não vê barreiras para a expansão do capitalismo, o qual, à

¹ Marise da Costa Duarte (**Meio Ambiente Sadio: direito fundamental em crise**. Curitiba: Juruá, 2003. pp. 34-35) demonstra as primeiras manifestações históricas acerca do ambiente: “Há cerca de 3700 anos, houve o abandono das cidades sumérias quando as terras irrigadas que haviam produzido os primeiros excedentes agrícolas do mundo passaram a se tornar cada vez mais salinizadas e alagadiças. Platão, há quase 2400 anos, já deplorava o desmatamento e a erosão do solo provocada nas colinas de Ática pelo excesso de pastagem e pelo corte das árvores para lenha. Na Roma do século I, Columela e Plínio advertiam que o gerenciamento medíocre dos recursos ameaçava produzir quebras de safra e erosão. A poluição do ar pela queima de carvão preocupava de tal modo a Inglaterra medieval que no ano de 1661 o memorialista e naturalista John Evelyn lançou protestos contra a nuvem preta que cobria a cidade de Londres. Na Península Ibérica, no século XVI, se registram normas relativas à preservação de florestas e ao reflorestamento para fins de construção de embarcações(...)”. Da mesma forma, embora se utilizando de conotações diversas, Vasco Pereira da Silva (**Verde Cor de Direito: lições de direito do ambiente**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005. p.17) afirma que o amor e a preocupação com a Natureza se verificam desde os primórdios da humanidade e demonstra sua afirmação através das palavras de São Francisco de Assis que falava do “amor ao irmão lobo” ou à “irmã andorinha” e também da concepção de Jean-Jacques Rousseau que acreditava que o “estado de natureza” e o “mito do bom selvagem” seriam a idealização de uma realização individual com o meio ambiente enquanto realidade pré-política, anterior à “corrupção” inerente ao processo de socialização e ao surgimento do “contrato social”.

medida que avança, provoca lesões irreversíveis nas relações individuais e coletivas existentes no tecido social².

Na era primitiva não se falava em agressão à natureza, embora já tenha dado início ao seu processo transformatório, pois o homem já se utilizava dela para extrair o necessário à sua sobrevivência, todavia, como apontam OLIVEIRA e GUIMARÃES³, durante muito tempo essa relação homem x natureza foi marcada pelo medo, pois aquele não era capaz de moldá-lo às suas necessidades. Uma maior devastação da flora e da fauna é sentida quando o homem passa a caçar e cultivar, mas, ainda assim, enquanto permanecia limitado à sua região, a maior parte do planeta ainda permanecia intacta. A expansão marítima e comercial na Europa foi a responsável para que a política de desenvolvimento fosse exportada para o resto do mundo, buscando matéria prima para seu desenvolvimento sem preocupar-se com o ambiente.

A degradação do meio ambiente inicia-se efetivamente na Idade Moderna, especialmente com o advento da Revolução Industrial, período compreendido entre o fim do século XVII e meados do século XVIII, decorrendo daí a consciência do ser humano da necessidade de proteção do meio ambiente. No dizer de ANTUNES “preservação e degradação, são termos que não possuem valor absoluto e que devem ser compreendidos em contextos historicamente definidos como relação social e intervenção e transformação do meio natural e o que essa relação significa

² FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Reflexões sobre o Direito Ambiental**. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.) *Direito Ambiental Contemporâneo*. São Paulo: Manole, 2004. p. 585.

³ OLIVEIRA, Flávia de Paiva M. de; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Meio Ambiente e Cidadania: uma abordagem interdisciplinar**. São Paulo: Madras, 2004. pp. 14-19.

para uma dada sociedade, de que forma constitui os seus objetos, um produto da cultura”⁴.

OLIVEIRA e GUIMARÃES demonstram a alteração do campo de preocupação acerca do meio ambiente ocorrido já no século XX:

(...) a partir de meados do século XX, os que se preocupavam com a degradação ambiental deixaram de se interessar apenas com seu enfoque científico ou técnico e passaram a se preocupar, também, com seu aspecto social e político, tendo em vista o processo de industrialização, o crescimento da exploração dos recursos naturais e o uso da energia nuclear. Começou-se a perceber que os ecossistemas não se reconstruíam automaticamente, mas levavam milhões de anos para se recompor, numa seqüência independente de processos evolutivos, colocando em risco a própria sobrevivência da espécie humana. A tomada de consciência, porém, só ocorreu quando se constatou que as condições tecnológicas e industriais e as formas de organização e gestão econômica da sociedade estavam em conflito com a qualidade de vida.⁵

DUARTE⁶ demonstra que este movimento protetivo sofreu um período de estagnação diante da ocorrência das duas Guerras Mundiais, sendo retomado após o fim da Segunda Guerra, acompanhando a criação da Organização das Nações Unidas, sob a influência de seu espírito globalista e de recuperação. Ao final dos anos 60 o Estado Social entra em crise pela soma das conseqüências ambientais geradas a partir do modelo de produção adotado, ameaça de guerra nuclear decorrente da Guerra Fria, crescimento tecnológico e, finalmente pela crise do petróleo nos anos 70. Diante disso surgem organizações não governamentais ligadas à questão ambiental, acarretando o que chamamos de revolução ambientalista “caracterizada pela crescente efervescência de um movimento

⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.238.

⁵ OLIVEIRA; GUIMARÃES, op. cit. p. 20.

⁶ DUARTE, op. cit. pp. 35-54.

destinado a implementar mudanças para uma sociedade global aparentemente propensa à destruição”⁷.

Em 1972 foi realizada em Estocolmo a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, tendo a participação de diversos países e instituições governamentais e não governamentais, todos conscientes de que o ser humano estava utilizando os recursos naturais de forma irracional⁸, sendo que os problemas ambientais ultrapassavam as fronteiras nacionais e por tal motivo, todos deveriam atuar conjuntamente. Este encontro marcou o início de um novo período para o movimento ambientalista mundial, tendo como principal discussão a dicotomia proteção ambiental e desenvolvimentismo, gerando conflito entre os países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento⁹, expondo DUARTE acerca de seus resultados:

Assim, se pode dizer que, ainda que as resoluções obtidas naquela Conferência não passassem de declarações de intenções (que não continham cláusulas de cumprimento legal obrigatório) e que ali não se tenha encontrado soluções imediatas para os problemas que a provocaram, o consenso dela originado serviu a demonstrar o seu mais importante mérito que consistiu em legitimar a questão ambiental na política mundial, abrindo espaço para que as demandas e valores que estavam emergindo na sociedade civil comesçassem a integrar a pauta de preocupação dos Estados. Deve ser ressaltado que nos anos que se seguiram à Conferência de Estocolmo foi elaborada uma grande quantidade de instrumentos internacionais tratando da proteção ambiental tanto em nível global como no regional¹⁰.

⁷ DUARTE, idem p. 41.

⁸ Considera-se como irracionalidade a racionalidade própria do capitalismo que, na busca desenfreada almejando lucro, necessitaria utilizar-se de um número cada vez maior de matéria-prima, deixando de se dar conta de que a mesma seria findável ou, mesmo sabendo desse relevante fato, acreditando de forma indubitável que essa exigüidade de bens somente se apresentaria em um momento longínquo.

⁹ A exemplo disso, o Brasil foi, na década de 70, um dos principais receptores das indústrias poluentes, sendo que durante o governo Médici chegou a fazer anúncios nos meio de comunicação dos países desenvolvidos convidando indústrias poluidoras a se transferirem para o Brasil onde não teriam qualquer gasto com equipamentos antipoluentes.

¹⁰ DUARTE, op. cit. p. 46.

Decorridas duas décadas, em 1992 o Brasil sediou dois eventos realizados conjuntamente no Rio de Janeiro conhecidos como ECO-92, abrangendo a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e o Fórum Global das ONG's, sendo marcada pelo envolvimento de um número ainda maior de participantes se comparada à conferência realizada 20 anos mais cedo na Suécia. Significou o fim da bipolaridade e a possibilidade da efetivação de políticas globais de proteção ao meio ambiente, pois se deu em período posterior à queda do muro de Berlim e, conseqüentemente, do comunismo soviético. Dela se originaram documentos muito importantes como a Agenda 21, a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a Convenção Sobre Mudanças Climáticas, a Declaração de Princípios Sobre Florestas e, finalmente, a Convenção sobre a Biodiversidade, demonstrando por meio desses documentos a adição do componente de obrigatoriedade das normas relativas ao meio ambiente até então inexistente.

Cinco anos mais tarde foi realizado um novo encontro na mesma cidade sede para que fossem avaliados os avanços na área decorrentes daquilo que havia sido deliberado na Eco-92, contudo restou comprovado que praticamente a Agenda 21 não teria saído do papel, permanecendo pendente a busca por um desenvolvimento sustentável. No mesmo ano realizou-se no Japão um encontro para tratar das mudanças climáticas, resultando no Protocolo de Kyoto através do qual alguns países industrializados¹¹ se comprometeram a reduzir suas emissões de gases do efeito estufa.

¹¹ Os Estados Unidos, maiores emissores de gases poluentes, decidiram não assinar o protocolo apesar de serem responsáveis por grande parte da emissão de gás carbônico, influenciando vários outros países industrializados como Austrália, Japão, e Canadá que discutiam acerca da ratificação do acordo e da possibilidade de se colocar numa posição de desvantagem competitiva em relação aos EUA. Enquanto que o Japão e o Canadá decidiram enfim assinar o protocolo, a Austrália, o segundo maior emissor *per capita* do mundo de gases poluentes, disse que não iria assinar.

Com o mesmo intuito do Rio + 5, foi realizado outro encontro no ano de 2002 em Johannesburgo, denominado de Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável, popularmente conhecido como Rio + 10, demonstrando novamente que, embora tenham aumentado as ações voltadas ao meio ambiente, ainda se está longe da implementação dos objetivos e diretrizes estabelecidos.

No Brasil, de acordo com os ensinamentos de SIRVINSKAS¹², a proteção jurídica do meio ambiente pode ser dividida em três períodos¹³, o primeiro compreendido entre o descobrimento do Brasil em 1500 até 1808 com a chegada da família real, havendo algumas normas isoladas que buscavam proteger os recursos naturais que rareavam como o Pau-Brasil. A partir desse momento até 1981, com a criação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, entende como o segundo período, caracterizado pela grande exploração do ambiente, havendo preocupações pontuais com relação a este, tutelando apenas aquilo que tivesse interesse econômico e, a partir de então e sem previsão de término, com a criação da referida lei, inicia-se um período a que o autor denomina “fase holística”, buscando-se a proteção integral do meio ambiente através de um sistema integrado, contudo assevera que apenas em 1985 com a Lei n. 7347 que instituiu a Ação Civil Pública a defesa do meio ambiente foi fortalecida¹⁴.

¹² SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 18-21.

¹³ OLIVEIRA; GUIMARÃES (op. cit. p. 23) também fazem essa divisão da evolução da proteção ambiental no país em três períodos, contudo o fazem de forma distinta sendo que primeiro período se estenderia até 1981, compreendendo um aumento da percepção da realidade ambiental pela sociedade. A segunda fase compreenderia o período entre 1982 e 1985, abrangendo a expansão quantitativa e qualitativa dos movimentos socioambientais e, a partir de 1986 teria início a terceira fase caracterizada pela politização da ecologia através da criação do Partido Verde, influenciando o processo constituinte para inserir no texto da Constituição disposições acerca de sua proteção.

¹⁴ Entende-se que, após a criação da referida lei, o que consagrou a proteção do meio ambiente saudável foi a Constituição Federal de 1988, determinando um papel mais relevante também ao Ministério Público na utilização dessas ações em defesa do meio ambiente. Neste aspecto Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (**Crimes contra a natureza**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001. p. 305) dispõem que: “O órgão mais adequado para o relevante mister, sem dúvida é o Ministério Público. Gozando de independência e de garantias estampadas na norma constitucional, os agentes do *Parquet* dispõem de meios para fazer valer os dispositivos da lei. Essa

O que se deve ter em mente é que a tutela do meio ambiente exige a análise de seu valor intrínseco e não apenas pela utilidade que os recursos naturais podem ter para o ser humano, devendo este ser visto como seu guardião e não como seu dono que pode se utilizar do ambiente da forma que mais lhe convier. Neste sentido, importante se faz o surgimento do ramo jurídico que propicia a sua defesa e o conhecimento acerca de sua importância, qual seja, o Direito Ambiental.

2.2 A PREVISÃO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO ART. 225 DA CF/88

Demarcada a evolução histórica da proteção ao meio ambiente¹⁵ que, com o passar do tempo, exigiu uma proteção cada vez mais forte e efetiva para frear os impulsos capitalistas que até então buscavam vantagens econômicas sem a preocupação com a decorrente degradação do ambiente, mister analisar o patamar mais importante que a referida proteção alcançou, a Constituição Federal de 1988.

As Constituições pátrias anteriores à Carta de 1988 não traziam preceitos específicos de proteção ao meio ambiente, o que ocorre então com o seu surgimento quando insere capítulo específico que trata do mesmo e, ainda, explícita ou implicitamente¹⁶, em outras partes de seu texto. DUARTE demonstra que ocorre

atribuição, todavia, não é comum nos demais países. Por exemplo, na Itália a legitimidade cab a Estado ou aos entes regionais (Lei 349, de 08.07.1986, art. 18, inc. 3). Isso torna mais difícil o acesso à Justiça.” Também demonstra-se essa ampliação do poder de ação do MP na jurisprudência pátria: RESP 97684 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1996/0035738-2 Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR. QUARTA TURMA. Julg. 26/11/1996. DJ 03.02.1997 p. 732. Ementa AÇÃO CIVIL PUBLICA. MEIO AMBIENTE, INTERESSE DIFUSO. MINISTERIO PUBLICO.LEGITIMIDADE AD CAUSAM.O MINISTERIO PUBLICO TEM LEGITIMIDADE PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PUBLICA CONTRA EMPRESA POLUIDORA DO AMBIENTE, EMISSORA DE RUÍDOS ACIMA DOS NÍVEIS PERMITIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

¹⁵ Vide capítulo 2.1 que trata acerca do retrospecto histórico acerca da proteção ao meio ambiente.

¹⁶ José Afonso da Silva (**Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 47-50) traz exemplos de referências explícitas e implícitas constantes na Constituição acerca do meio ambiente, quais sejam as expressas os artigos 5º, LXXIII, 7º, XXII, 20, II, 23, 24, VI, VII e VIII, 91 §1º, III, 129, III, 170, VI, 173 §5º, 174 §3º, 186, II, 200, VIII, 216, V, 220 §3º, II, 225 e 231 §1º e as

“porque, como já visto, na época de elaboração do texto constitucional, o problema ambiental já havia deixado de ser uma questão retórica relacionada apenas com a questão a qualidade de vida, para constituir uma questão de sobrevivência da humanidade”¹⁷.

A regulamentação do acesso aos bens ambientais trazidas pela CF insere-se num contexto de rompimento com o período ditatorial, buscando, portanto, “um modelo econômico de bem-estar, com uma vocação redistributiva e participativa que subsiste mesmo ante as profundas modificações que sofreu ao longo dos anos 90, destinadas a reduzir a presença do Estado na economia”¹⁸.

Seguindo este raciocínio, GRAF afirma que a inovação da Constituição, protegendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado conduz à sadia qualidade de vida, efetivando, desta forma, a dignidade da pessoa humana:

(...)constitui um marco para o Direito Ambiental brasileiro não apenas por ter destinado um capítulo à proteção do ambiente, por ter elevado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental, ou por ter estabelecido o dever do Poder Público e da sociedade de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, mas também, por ter constitucionalizado a proteção da biodiversidade¹⁹.

implícitas assim entendidas as referências que dizem respeito a determinado setor ou recurso ambiental, os artigos 20, 21, XIX, XX, XXIII, XXIV, XXV, 22, IV, XII, XXVI, 23, II, III, IV, 24, 26 e 30, VIII, IX. Luís Paulo Sirvinskas (**Manual de Direito Ambiental**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 49-51) também cita as normas constitucionais ambientais, contudo, diferentemente do primeiro, divide-as em regras específicas, regras gerais, regras de competência e regras de garantia, sendo mais abrangente nos artigos citados.

¹⁷ DUARTE, op. cit. p. 91.

¹⁸ GRAF, Ana Cláudia Bento. **Biodiversidade**: possibilidade e limites de sua proteção jurídica. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.. p.115.

¹⁹ GRAF, idem. p. 89.

Nesse sentido cumpre destacar o que dispõe o artigo 225 da Constituição Federal, ressaltando que tal artigo incorporou os vinte e três princípios contidos na Declaração de Estocolmo de 1972²⁰ :

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;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

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;

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;

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;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e 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 à crueldade.

§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.

²⁰ Alexandre de Moraes (**Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 702) expõe o conteúdo da Declaração de Estocolmo: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, a igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o “apartheid”, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu “habitat”, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em conseqüência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a fauna e flora silvestres”.

§4° 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.

§5° São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§6° As usinas que operam com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas²¹.

O meio ambiente sadio foi içado à categoria de direito subjetivo, direito fundamental que acarreta na responsabilidade compartilhada por todos, compreendendo, portanto, um complexo de direitos e deveres, não podendo mais ser pensado como um direito subjetivo individual, egoístico.

SIRVINSKAS alerta para a diferenciação de nomenclatura utilizada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional pois enquanto estas tratam da conservação do meio ambiente a exemplo do art. 1° da Lei 9795/99²², aquela se refere à preservação, conforme §1°, VI do artigo 225, frisando que, apesar de etimologicamente terem as expressões o mesmo sentido, para ele “conservar é permitir a exploração econômica dos recursos naturais de maneira racional e sem causar desperdício. Preservar, por seu turno, é a proibição da exploração econômica dos recursos naturais”²³.

ANTUNES atenta para o fato de que o propósito da referida previsão constitucional não seria impedir totalmente a utilização de todo e qualquer recurso natural, mas sim que a mesma seja feita de acordo com a realidade de cada

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

²² O referido artigo assim dispõe: “Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”.

²³ SIRVINSKAS, op. cit. p. 5.

ecossistema, preservando suas características básicas, pois, conforme expõe, “A destruição ambiental é um caminho sem retorno”²⁴.

Extremamente amplo em suas previsões, limitando o campo de estudo ao nosso tema central, a exposição do referido artigo servirá apenas para deduzir que a proteção do meio ambiente como bem jurídico decorre em sua integralidade do que preceitua o artigo 225, o que conduz à lição de RODRIGUES de que esta previsão constitucional permitiu o alcance da autonomia pelo Direito Ambiental. Também infere que o legislador, ao utilizar-se da expressão “todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida”, define que o bem jurídico que constitui o objeto do Direito Ambiental seria exatamente o meio ambiente equilibrado, composto de elementos bióticos e abióticos inter-relacionados²⁵, permitindo o alcance daquilo que compõe a base de nosso estudo, qual seja, o bem ambiental.

2.3 O MEIO AMBIENTE COMO MACROBEM

Em decorrência da importância dada ao estudo e proteção do meio ambiente por ser essencial à sadia qualidade de vida e não mais como instrumento utilizado pelo ser humano apenas com vistas ao seu desenvolvimento econômico, pode-se caracterizá-lo de imediato como um bem jurídico digno de proteção assim como todos os demais bens.

BENJAMIN fundamenta tal classificação explicando que o bem ambiental pode ser entendido como um macrobem e, em sendo assim, ocasiona o fato de que

²⁴ ANTUNES, Pulo de Bessa. *Op. Cit.* p. 78.

²⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 57 e 71.

independentemente de sua titularidade, seu proprietário não pode dispor da sua qualidade de meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo desfrute necessariamente comunitário e destinando-se ao bem-estar individual. O autor ressalta a existência e a distinção entre os macro e os microbens, sendo estes os elementos que compõem o primeiro, referindo-se ele como coisas materiais²⁶:

Como bem – enxergado como verdadeiro *universitas corporalis*, é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc) que o forma, manifestando-se ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas, como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que à própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável²⁷.

O art. 3º, I da Lei n. 6938/81²⁸ preceitua o meio ambiente como um macrobem, bens reunidos que vão compor uma individualidade própria e autônoma que não se confunde com as partes que os compõem e, em assim sendo, em seu conjunto são tratados como bens de interesse público, independentemente da titularidade dos microbens que lhe são inerentes.

Sendo um bem, resta a demonstração de como os bens jurídicos são regulados pelo direito e, particularmente, quanto à regulação específica dos bens ambientais em âmbito criminal pelo fato destes pertencerem a toda uma coletividade.

²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V. **Função Ambiental**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.(Coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 89.

²⁷ BENJAMIN, idem. p. 75.

²⁸ O referido artigo assim prevê: “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

2.4 A DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE DIFUSO: A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO INTERESSE PÚBLICO E DIFUSO

A discussão acerca do que sejam interesses e o que abrangeriam os interesses públicos e interesses coletivos possibilita uma maior aproximação da natureza jurídica dos bens ambientais.

Ressalte-se a distinção existente entre interesse²⁹ e direito, sendo este conhecido por ser um interesse juridicamente tutelado. RODRIGUES³⁰ ensina que para buscar o conceito de interesse público, devemos partir da premissa de que se trata de um interesse do povo, não significando necessariamente o interesse do Estado tendo em vista que isto afastaria o interesse de seus titulares por este representado e também pelo fato deste ente, da mesma forma, possuir interesses particulares.

Neste sentido, MELLO³¹ ensina que “O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos, só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles”, e descreve o interesse público como

(...) uma dimensão pública dos interesses individuais (...) o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade como membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (...) é um interesse igualmente pessoal dessas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos(...)³²

²⁹ OLIVEIRA; GUIMERÃES (op. cit. p. 52) discorrem acerca do interesse e concluem ser “toda e qualquer manifestação de utilidade ou de vantagem, em virtude da qual se satisfaz uma necessidade, seja moral, seja intelectual, seja material (...) o valor atribuído a um determinado bem ou a uma determinada pessoa (...) o valor material ou moral que faz com que alguém se aproprie de algo, estando a noção de interesse adstrita à de vantagem”.

³⁰ RODRIGUES, op. cit. p. 45

³¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 64.

³² MELLO, idem pp. 57-59.

Independentemente de sua titularidade ser classificada como pública ou privada, SILVA³³ afirma ser o bem ambiental de interesse público, tendo em vista que sua proteção visa tutelar o direito à vida, buscando-se a qualidade desta com a proteção da qualidade do meio ambiente.

RODRIGUES³⁴ demonstra ser no Direito Administrativo que o interesse público se mostra mais evidente, limitando os atos administrativos pelos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo que nenhum ato pode ser praticado pela administração se não restar demonstrado o interesse público e seus fundamentos constitucionais.

Com isso, o mesmo autor analisa e conceitua o interesse difuso como “Uma espécie do genus interesse público, isto quer dizer que o interesse público como entidade única não existe mais, ou melhor, existe só em abstracto, existindo na realidade, como consequência dos confrontos e conflitos entre particulares, públicos e coletivos, o interesse público concreto”, demonstrando a possibilidade de haver conflitos entre interesses difusos dentro de uma mesma comunidade, conflitos estes que devem ser resolvidos pelo Estado a partir da utilização do princípio da proporcionalidade, sopesando o interesse tutelado.

Demonstrada a distinção entre os interesses aqui abordados, OLIVEIRA e GUIMARÃES arrematam a discussão afirmando não ser incompatível a caracterização do meio ambiente como um bem de interesse público e de interesse difuso³⁵:

³³ SILVA, José Afonso. op .cit. p. 84.

³⁴ RODRIGUES, op. cit. pp. 49-51.

³⁵ Em sentido um pouco diverso, SIRVINSKAS (op. cit. p. 27) e FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha (**Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 81) afastam a possibilidade de ser considerado como bem de interesse público apesar de considerarem que o Direito Ambiental pertença ao direito público, dizendo que seus interesses não seriam nem públicos nem tampouco privados, pois pertenceria a cada um e, ao mesmo tempo, a todos, ou seja, seria um interesse transindividual, difuso.

Quando se diz que meio ambiente é bem de interesse público, pretende-se afirmar que não apenas o Poder Público tem legitimidade para promover sua tutela jurisdicional, como também o cidadão.

Quando se diz que o meio ambiente é um interesse difuso, quer-se afirmar que dele advém uma situação de vantagem ou de utilidade para todo o gênero humano, o que legitima todo e qualquer cidadão a promover a sua defesa na esfera processual.

(...)

Como se isto não bastasse, para que uma pessoa se aproprie de determinada coisa, é necessário que ela tenha interesse.

Embora o meio ambiente, como macrobem, não possa ser apropriado individualmente, a sua manutenção equilibrada e hígida é indispensável ao alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, que não pode viver em um ambiente que não lhe ofereça condições mínimas de sobrevivência. Malgrado a impossibilidade de apropriação e de comercialização, o meio ambiente saudável gera, para todo o gênero humano, uma posição de vantagem e utilidade³⁶.

2.5 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Partindo da premissa de que a Constituição Federal de 1988 configura-se como uma constituição social, com bases principiológicas que se fundamentam nos chamados direitos fundamentais do homem, mister se faz a análise do significado da expressão fundamental para sopesar o significado e o conteúdo do que se chamam direitos fundamentais.

HOUAISS traz como significados da palavra fundamental “que serve de fundamento, de alicerce; que dá início, real ou simbolicamente, a um projeto, construção, obra, etc; que tem caráter essencial e determinante; básico, indispensável”³⁷. Partindo desse referencial conceitual é que será exposto o significado de ser um direito classificado como fundamental, o que deve ele conter de tão essencial para ser considerado como indispensável à compreensão do ordenamento jurídico na sua totalidade, para que nem sequer seja indispensável sua previsão legal pois assimilados como tal já no ambiente social, culturalmente.

³⁶ OLIVEIRA; GUIMARÃES, op. cit. p. 57-58.

³⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1404.

O precursor da idéia de que o ser humano tem direitos por natureza que nem mesmo o Estado lhe pode subtrair foi John Locke, segundo o qual, “o verdadeiro estado do homem não é o estado civil, mas o natural, ou seja, o estado de natureza no qual os homens são livres e iguais, sendo o estado civil uma criação artificial, que não tem outra meta além de permitir a mais ampla explicitação da liberdade e igualdade naturais”³⁸, sendo tal idéia acolhida nas Declarações de Direitos Norte-americanos e Revolução Francesa, deixando de lado a concepção de estado absoluto para considerá-lo limitado com vistas a garantir esses direitos.

Deve-se alertar para o fato de que tanto na doutrina quanto nas regras de direito positivo, ocorre a utilização de expressões diversas como sinônimos de direitos fundamentais, como por exemplo, direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades fundamentais, liberdades individuais ou, ainda, direitos humanos fundamentais, contudo, de grande valia é a distinção feita por SARLET segundo o qual direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado enquanto os direitos humanos

(...) guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que se revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)³⁹.

Observando atentamente essa distinção e diante de tudo que já foi exposto acerca do meio ambiente, resta evidente que sua proteção se faz presente interna e

³⁸ *Apud* BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 28-29.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 31.

internacionalmente, pois reconhecido como valor essencial a todo ser humano, não se limitando, portanto, a questões territoriais ou à necessidade de previsão constitucional e, por tal motivo, será utilizada a expressão direito humano fundamental, abarcando, portanto, ambas as características assinaladas pelo autor ora citado.

A noção de direitos humanos fundamentais evolui de acordo com a própria evolução humana e do surgimento de novas necessidades, tanto que CANOTILHO considera uma multiplicidade de fatores como pressupostos de direitos fundamentais, pressupostos estes que visivelmente são modificados com o desenvolvimento humano, quais sejam a “capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais”⁴⁰.

Seguindo este raciocínio, impende reproduzir a lição de BOBBIO que demonstra a relatividade dessa classe de direitos que se modificam conforme as exigências sociais, não existindo, portanto, direitos fundamentais por natureza:

(...) os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar. (...) O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 469.

parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas⁴¹.

Essa evolução que ocorre pelo aumento, pouco a pouco, do número de direitos considerados como fundamentais faz com que a doutrina divida-os em gerações⁴², abrangendo a primeira delas os direitos individuais de liberdade, civis e políticos que se apresentavam como forma de proteção dos indivíduos perante o Estado Liberal. Posteriormente, no período compreendido entre o fim do século XIX e início do século XX em que surge o Estado Social e se verifica que os direitos individuais eram insuficientes para enfrentar problemas advindos do capitalismo, apresentam-se os direitos fundamentais de segunda geração, abrangendo os direitos econômicos, sociais e culturais, já exigindo do Estado prestações positivas como saúde, educação e trabalho para assegurar a proteção dos indivíduos.

A terceira geração dos direitos fundamentais engloba os direitos de solidariedade, marcados por sua dimensão coletiva, indeterminabilidade de seus titulares e pelo retorno à idéia de proteção do indivíduo contra o poder proveniente tanto de entidades públicas como privadas. Sua importância decorre do desenvolvimento tecnológico e das conseqüências geradas pelas duas guerras mundiais, abrangendo, portanto, direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à comunicação, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e, principalmente, ao meio ambiente saudável e sadia qualidade de vida, requerendo muitas vezes esforços mundiais para sua efetivação, sendo conhecidos

⁴¹ BOBBIO, op. cit. pp. 18-19.

⁴² Vasco Pereira da Silva (op. cit. p. 22) considera que pode ser equívoca a utilização da expressão “gerações de direitos humanos” se utilizada no sentido de evolução de estágios inferiores para outros mais desenvolvidos que substituem os primeiros e também se entendido que as novas gerações não têm qualquer relação com os direitos individuais do homem, somente abarcando aspirações coletivas. Para o autor, ao se falar em gerações deve-se ter em mente que as mesmas representariam como a matriz comum dessas posições subjetivas se concretiza ao longo do tempo, aprofundando e desenvolvendo as formas de realização da dignidade da pessoa humana.

como direitos do Estado Pós-social. No que tange a esses direitos, BOBBIO demonstra a importância da proteção aos bens ambientais dizendo que “O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”⁴³.

Hoje já se fala da existência de uma quarta geração⁴⁴, que seriam aqueles direitos decorrentes da globalização como o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, inserindo-se no contexto do Estado Neoliberal, direcionando-se rumo à dissolução do Estado Nacional Soberano por possibilitar a existência de uma sociedade universalizada.

Os direitos fundamentais não se restringem àqueles explicitados no artigo 5º da Carta Constitucional, sendo todos aqueles que têm por conteúdo a liberdade do ser humano. Neste sentido, o sistema constitucional brasileiro em seu artigo 225, *caput*, instituiu o ambiente ecologicamente equilibrado como uma espécie de novo direito fundamental, constituindo direito subjetivo da coletividade humana, podendo-se extrair esse valor do primeiro princípio trazido pela Declaração de Estocolmo de 1972 que assim dispõe: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”.

Além da necessidade de proteger a vida, atenta-se de forma global para a importância da proteção da vida em sua forma qualificada, ou seja, da vida com

⁴³ BOBBIO, op. cit. p. 6.

⁴⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, citado por LEITE (**Dano Ambiental...** op. cit. p. 91) considera o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida como direitos de quarta geração e assim expõe: “que abrangem as suas sucessivas sedimentações históricas ao longo do tempo: os tradicionais direitos negativos, conquista da revolução liberal; os direitos de participação política, emergentes da superação democrática do Estado Liberal; os direitos positivos de natureza econômica, social e cultural (usualmente designados, de forma abreviada, por direitos sociais), constituintes da concepção social do Estado; finalmente, os direitos de quarta geração, como o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida”.

qualidade, ligando-se à base constitucional da dignidade da pessoa humana e é neste contexto que se insere a proteção ao meio ambiente equilibrado como forma de garantia da sadia qualidade de vida, garantindo tanto a felicidade individual quanto o bem comum. Neste sentido ANTUNES ensina que “se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano”⁴⁵.

SILVA⁴⁶ atenta para o fato de que muitos consideram os direitos fundamentais como normas programáticas, implementados pelo Estado na medida de suas possibilidades, o que esvaziaria seu conteúdo normativo e adiaria sua efetiva implementação, ocorrendo isso também com relação à proteção da natureza. Seguindo a mesma linha de pensamento, BOBBIO⁴⁷ afirma que importante é demonstrar o modo mais seguro de garantir e proteger os direitos fundamentais e não a especificação de quantos e quais são eles, tendo em vista que essa proteção implica a restrição ou suspensão da proteção de outros direitos do homem com ele incompatíveis⁴⁸.

Contudo, refutando este pensamento, ANTUNES afirma sem qualquer sombra de dúvidas que “as normas que consagram o direito ao meio ambiente sadio são de eficácia plena e não necessitam de qualquer norma subconstitucional para que operem efeitos no mundo jurídico. E que, em razão disso, possam ser utilizadas

⁴⁵ ANTUNES, op. cit. p. 25.

⁴⁶ SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 270.

⁴⁷ BOBBIO, op. cit. pp. 24-25.

⁴⁸ Neste sentido DUARTE (op. cit. p. 90) expõe que: “Ao fundamentar a proteção do meio ambiente na dignidade da pessoa humana, mediante a consagração de direitos fundamentais, fica devidamente reconhecida a dimensão ético jurídica das questões ambientais, ao mesmo tempo que essa opção implica o afastamento de visões ambientalistas ‘totalitárias’, voltadas para a proteção maximalista do meio ambiente ainda que em sacrifício de outros direitos fundamentais”.

perante o poder judiciário, mediante o rol de ações de natureza constitucional, tais como a ação civil pública e a ação popular”⁴⁹.

Para demonstrar a existência dessas incompatibilidades e a necessidade de prevalência da proteção do meio ambiente, mister se faz a exposição de idéias trazida por LÉVI-STRAUSS:

Ora se o homem começa por ter direitos ao título de ser vivo, daqui resulta imediatamente que esses direitos, reconhecidos à humanidade cessam assim no momento preciso em que o seu exercício põe em perigo a existência de uma outra espécie. Não se trata de ignorar que, como qualquer animal, o homem retira a sua subsistência de seres vivos. Mas esta necessidade natural, tão legítima enquanto exercida à custa de indivíduos, não deveria ir até a extinção da espécie a que eles pertencem. O direito à vida e ao livre desenvolvimento das espécies vivas ainda representadas obre a Terra pode ser o único a declarar imprescritível, pela muito simples razão de que a desaparecimento de uma espécie qualquer cria um vazio irreparável a nossa escala, no sistema de criação⁵⁰.

SILVA⁵¹ ressalva a diferença existente entre os direitos das pessoas nas relações jurídicas públicas e privadas e a consideração das realidades ambientais como bens jurídicos, esta implicando a existência de deveres de atuação e abstenção de autoridades legislativas, administrativas e judiciais, como também de particulares. Com isso, aduz que a melhor forma de defender o ambiente se dá pela tomada de consciência das pessoas acerca dos direitos que possuem nesse domínio e não pela personificação das realidades ambientais, pois permite uma correta ponderação de todos os valores presentes e insere a proteção do meio ambiente na dignidade da pessoa humana, afastando visões ambientalistas totalitárias que sacrificam a existência de outros direitos fundamentais.

⁴⁹ ANTUNES, op. cit. p. 72.

⁵⁰ LÉVI-STRAUSS, Claude. **Coação e Liberdade**. In: O Olhar Distanciado. Lisboa: Edições 70, 1983. p. 390.

⁵¹ SILVA, Vasco Pereira da. op. cit. pp. 27 e 28.

O referido autor expõe de forma clara e sucinta as implicações de ser o Direito Ambiental classificado como direito fundamental:

- a) que o legislador tem o dever de emitir as normas necessárias à realização dos princípios e das disposições constitucionais relativas ao ambiente. Dever este que, se não for atempadamente realizado, implica a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, da mesma forma como o seu cumprimento deficiente, violando as estatuições ou os parâmetros da lei fundamental, é gerador de inconstitucionalidade por acção;
- b) que a Administração se encontra vinculada pelas normas e princípios constitucionais em matéria ambiental, uma vez que o princípio da legalidade da actuação administrativa não significa apenas a submissão à lei mas ao direito no seu conjunto;
- c) que os tribunais, na sua tarefa de julgamento dos litígios, devem concretizar as normas e os princípios constitucionais em matéria de ambiente, tanto no que respeita à interpretação e integração das lacunas da lei, quer relativamente aos juízos de prognose ou de ponderação de valores e de interesses (que não podem esquecer a consideração dos “bens jurídicos” ambientais), quer ainda no que concerne à adaptação, ou mesmo à criação, dos meios processuais adequados a garantir a tutela plena e efectiva dos valores fundamentais em questão⁵².

A consagração do meio ambiente equilibrado como direito humano fundamental efetiva e amplia outros direitos já existentes como o direito à vida e, como de direito de personalidade, generaliza o que até então era fragmentado a exemplo do direito das águas, direito florestal, direito agrário, direito da energia, etc., preenchendo lacunas do nosso sistema jurídico para tratar a matéria de forma adequada e satisfazer os anseios sociais.

A obediência a esse direito fundamental somente se efetivará pela concretização da solidariedade social, pela prevalência do interesse comum sobre o individual e isso exige uma tomada de posição por parte dos governos com vistas à conscientização coletiva da importância da manutenção de um meio ambiente equilibrado, sendo um dever de todos a sua preservação e proteção não somente para si mesmos como também para seus descendentes. O que se deve questionar é

⁵² SILVA, Vasco Pereira da. Idem. pp. 64 e 65.

se esta tomada de consciência deve ser implementada por previsões legislativas criminais⁵³, por tratar-se de ramo que, classicamente, tem a ele incumbidas funções desta distintas, o que se analisará logo em seguida.

⁵³ Os tribunais pátrios aos poucos vão assumindo a árdua tarefa de responder a este questionamento, demonstrando a necessidade de proteção desses bens mas não explicitando qual seria a melhor forma de fazê-lo: Ao reprimir a atividade lesiva ao meio ambiente, pôs a mira o legislador em preservar a natureza como bem inestimável da humanidade e garantir às futuras gerações a posse de herança comum: as condições ideais de uma vida saudável e feliz (TACRIM. Apelação Criminal n. 1.262.285/1, 15ª Câmara, Rel. Des. Carlos Biasotti)

3 O DIREITO PENAL CLÁSSICO

3.1 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Princípios são pressupostos essenciais do direito, à falta dos quais as normas e regras jurídicas não se consubstanciam em condições de alcançar a sua finalidade, sem os quais não poderá sequer haver estabilidade social, pondo em risco a própria vida em sociedade. Por este motivo é que nossa carta Constitucional de 1988 previu uma grande quantidade de princípios norteadores de todo sistema jurídico, servindo tanto para a interpretação como para a própria aplicação direta dos direitos neles insculpidos. Encontram-se envolvidos nos complexos desafios da atualidade globalizada que exige cada vez mais estabilidade jurídica.

Deve-se observar que, no que tange aos princípios penais, assim como em outros ramos do direito, a doutrina não é unânime quanto ao seu número e seus componentes⁵⁴ e, diante disso, opta-se pela demonstração daqueles que são prevalentes dentre todos os autores pesquisados e advindos da previsão

⁵⁴ Cezar Roberto Bitencourt (**Tratado de Direito Penal**. vol 1. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 10-27) inclui no seu rol de princípios o da legalidade, intervenção mínima e fragmentariedade, princípio da culpabilidade, humanidade, irretroatividade da lei penal, adequação social, insignificância, ofensividade e proporcionalidade; Fernando Capez (**Curso de Direito Penal**. vol 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 10-26) insere no princípio máximo da dignidade da pessoa humana o da insignificância, princípio da alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, proporcionalidade, humanidade, necessidade e idoneidade, ofensividade, auto-responsabilidade, responsabilidade pelo fato, imputação pessoal, personalidade, responsabilidade subjetiva e co-responsabilidade; Damásio de Jesus (**Direito Penal**. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 09-11) considera os princípios da legalidade, proibição da analogia “in malam partem”, anterioridade da lei, irretroatividade da lei penal mais severa, fragmentariedade, intervenção mínima, ofensividade, princípio da insignificância, culpabilidade, humanidade, proporcionalidade da pena, estado de inocência e igualdade; Luiz Regis Prado (**Elementos de Direito Penal**. vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 26-32) aduz os princípios da legalidade, dignidade da pessoa humana, culpabilidade, exclusiva proteção de bens jurídicos, intervenção mínima e fragmentariedade, princípio da pessoalidade e individualização da pena, proporcionalidade, humanidade, adequação social e insignificância; Raúl Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (**Manual de Direito Penal Brasileiro** :parte geral. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004) insere em seu trabalho de forma esparsa os princípios da intervenção mínima, personalidade da pena, humanidade, culpabilidade e, finalmente, o princípio da insignificância.

Constitucional acerca da dignidade da pessoa humana como garantia fundamental do indivíduo, ressaltando-se que por não ser o tema central do presente trabalho mas ser imprescindível à compreensão do direito penal, impende demonstrá-los sucintamente.

Neste sentido, já feitas as ressalvas inicialmente necessárias, incumbe neste momento expô-los efetivamente, sendo abordados os princípios da legalidade, proporcionalidade, culpabilidade, humanidade, adequação social, insignificância, e, finalmente, o princípio da ofensividade.

O princípio da legalidade, também conhecido por princípio da reserva legal e divulgado pela fórmula *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, surge com a revolução burguesa buscando a positividade jurídica e a publicização da reação penal, estando previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e também no artigo 1º do Código Penal, que dispõem que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o que significa dizer que a criação de tipos incriminadores e de suas respectivas penas está submetida à lei formal anterior elaborada na forma constitucionalmente prevista.

Contudo, importante se faz a observação de CAPEZ⁵⁵ ao afirmar que no Estado Democrático de Direito não basta o conceito formal de conduta criminosa se materialmente não coloca em perigo valores fundamentais da sociedade. Desse princípio também decorrem a irretroatividade da lei penal quando prejudicial ao réu e sua taxatividade, garantindo a segurança jurídica ao evitar o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação da lei.

Proporcionalidade traduz que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato, devendo ser a medida da culpabilidade do

⁵⁵ CAPEZ, op. cit. pp. 10-11.

autor, vedando-se o excesso tanto em âmbito legislativo quanto na sua efetiva aplicação jurisdicional. A pena deve estar adequada à gravidade da lesão ao bem jurídico protegido e à periculosidade do agente. Historicamente se apresentou de forma mais evidente com a Lei de Talião que expressava a proporcionalidade de ação e resultado através do “olho por olho, dente por dente”, o que com o desenvolvimento social e reconhecimento de direitos fundamentais do homem passou a ser restringido pelo princípio da razoabilidade.

O referido princípio vem sendo debatido a partir de ideais iluministas e doutrinas administrativistas que buscavam a redução do autoritarismo estatal, podendo ser verificado desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que em seu artigo 15 previa que “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”, o que exigiu sua inclusão em várias passagens de nossa Carta Constitucional, demonstrando-se na análise do artigo 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV, XLVI, XLVII que tratam respectivamente maior rigor para casos de maior gravidade, da exigência de individualização da pena e da abolição de certos tipos de sanções, acrescentando-se ainda o artigo 98, I que impõe moderação para infrações menos graves⁵⁶. Confirmando a importância de análise desse princípio como forma de garantia da própria sociedade, CAPEZ assim aduz:

⁵⁶ **Art. 5º 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 o Estado Democrático; **XLVI** – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; **XLVII** – não haverá penas: a) de morte, salvo caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; **Art. 98** A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: **I** – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau;

Toda vez que o legislador cria um novo delito, impõe um ônus à sociedade, decorrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos. Uma sociedade incriminadora é uma sociedade invasiva, que limita em demasia a liberdade das pessoas. Por outro lado, esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador. (...) Quando a criação do tipo não se revelar proveitosa para a sociedade., estará ferindo o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade⁵⁷

No que tange ao princípio da culpabilidade, configurando uma exigência mínima da tipicidade e sendo demonstrado pelo brocardo *nullum crimen sine culpa*, exige que o fato típico tenha sido praticado com dolo ou culpa do agente para que possa ser responsabilizado, por deter a possibilidade de agir de modo diverso e deter uma potencial consciência da ilicitude, repudiando-se a noção de responsabilidade objetiva, conforme se infere dos artigos 18 e 19 do Código Penal, exigindo a ocorrência de uma ação ou omissão.

Humanidade é um princípio decorrente do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, próprio do Estado Democrático de Direito, sendo reconhecido por nossa Magna Carta em vários dispositivos a exemplo do artigo 1º, III e nos incisos XLVII, XLVIII, XLIX, L, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LXI, LXII, LXIII E LXIV do seu artigo 5º⁵⁸, vedando penas degradantes ou cruéis, estabelecendo o modo de cumprimento

⁵⁷ CAPEZ, op. cit. pp. 20-21.

⁵⁸ **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Município e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: **III** – a dignidade da pessoa humana; **Art. 5º XLVII** – não haverá penas: a) de morte, salvo caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; **XLVIII** – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; **XLIX** – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; **L** – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; **LIII** – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; **LIV** – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; **LV** – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; **LVI** – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; **LVII** – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; **LXI** – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos

da pena e estabelecendo garantias aos acusados e condenados, devendo ser analisado antes, durante e após o termino do processo, já na fase de execução da pena, impedindo a violação do objetivo ressocializador da pena. Nos dizeres de ZAFFARONI e PIERANGELI

(...) a república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito – seja ou não uma pena – deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão⁵⁹.

O princípio da adequação social, por alguns autores considerado indissociável da insignificância neste estudo será dela analisado separadamente em razão da diversa classificação feita pelos autores⁶⁰. Significa que uma conduta não será considerada típica se estiver em conformidade com a ordem social, quando não afronta o sentimento social de justiça ainda que se enquadre na previsão da norma legal, remetendo diretamente à ética social embora apresente-se como um conceito impreciso que enseja insegurança e, neste sentido, demonstra-se a crítica de CAPEZ:

em lei; **LXII** – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; **LXIII** – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; **LXIV** – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

⁵⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. p. 172.

⁶⁰ PRADO (**Elementos...** op. cit. pp. 31-32) classifica de forma conjunta os princípios da adequação social e da insignificância, demonstrando ser o primeiro uma teoria formulada por Welzel. Autores como CAPEZ (op. cit. pp. 11-13 e 16-17) e BITENCOURT (op. cit. pp. 19-21) classificam distintamente os referidos princípios, sendo que o primeiro adverte que ambos não podem ser confundidos pois “Na adequação social, a conduta deixa de ser punida por não mais ser considerada injusta pela sociedade; na insignificância, a conduta é considerada injusta, mas de escassa lesividade”. ZAFFARONI; PIERANGELI (op. cit. pp. 534-536) inserem a insignificância como princípio e a adequação social como uma teoria.

Critica-se esta teoria porque, em primeiro lugar, costume não revoga lei, e, em segundo, porque não pode o juiz substituir-se ao legislador e dar por revogada uma lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, devendo a atividade fiscalizadora do juiz ser suplementar e, em casos extremos, de clara atuação abusiva do legislador na criação do tipo⁶¹.

A tipicidade de um comportamento, além de sua existência formal, exige sua demonstração material que se apresenta pelo desvalor da ação e do resultado, o que, quando adequado socialmente, não se apresenta, demonstrando-se materialmente irrelevante e, conseqüentemente, excluindo a tipicidade da conduta ou apresentando-se como causa de justificação.

Passando-se ao próximo princípio, a insignificância⁶² exige também um estudo atento para a compreensão de seu alcance. Originário do Direito Romano e de cunho civilista, foi introduzido no sistema penal em 1964 por Claus Roxin, reconhecendo a atipicidade na hipótese de perturbações jurídicas leves, conhecidas como “delitos de lesão mínima” ou “crimes de bagatela”, quando a lesão ao bem jurídico protegido é irrelevante, demonstrando a importância do princípio da intervenção mínima do Direito penal adiante analisado.

Importante se faz a não confusão com o conceito de infração de menor potencial ofensivo, previsto pela Lei 9099/95 que tem sua gravidade perceptível socialmente ainda que ínfima, também não pode ser analisado abstratamente mas

⁶¹ CAPEZ, op .cit. p. 16.

⁶² Demonstra-se ainda existente no âmbito jurisprudencial a divergência quanto ao conceito de insignificância e sua aplicabilidade ou não aos delitos contra meio ambiente, sendo que os tribunais que o reconhecem muitas vezes deixam de considerar que delitos singulares analisados num contexto geral e somados um a um acarretam ao planeta uma grave destruição que, portanto, merecem punição. Neste sentido: “O princípio da insignificância, em matéria ambiental, deve ser aplicado com parcimônia, uma vez que a mera retirada da espécie de seu ambiente natural já causa interferência no tênue equilíbrio ecológico(...)” (TRF da 3ª Reg., Rel. Dês. Fausto de Sanctis. Revista de Direito Ambiental 20/284); “Crime contra a flora. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Bem jurídico tutelado pela norma que não permite a aplicação do benefício, além da possibilidade de irreversibilidade do dano”. (TRF da 1ª Reg., Rel. Dês. Federal Carlos Olavo. RDA 38/329). Em sentido oposto: “Crime contra a fauna. Princípio da insignificância. Abatimento de animal silvestre. Conduta que não afetou potencialmente o meio ambiente e não colocou em risco a função ecológica da fauna”(TRF da 3ª Reg., Rel. Dês. Aricê Amaral. RT 747/778).

considerado com a ordem jurídica em sua totalidade, e tampouco pode levar em conta a capacidade econômica do ofendido, mas somente o valor do bem em si mesmo. Nesse sentido, FREITAS aduz que “se cada pessoa tirar uma pequena lasca de uma árvore, o estrago por uma delas provocado poderia ser considerado insignificante. Entretanto, aliado aos estragos levados a efeitos por outras pessoas, levaria à morte da referida árvore, com a configuração de um dano de grande monta para o meio ambiente”⁶³, o que se complementa com os ensinamentos do mesmo autor em obra diversa:

Não basta que a pouca valia esteja no juízo subjetivo do juiz. É preciso que fique demonstrada no caso concreto. É dizer, o magistrado, para rejeitar a denúncia ou absolver o acusado, deverá explicitar, no caso concreto, porque a infração não tem significado. Por exemplo, em crime contra a fauna não basta dizer que é insignificante o abate de um animal. Precisa deixar claro, entre outras coisas, que este mesmo abate não teve influência no ecossistema local, na cadeia alimentar, analisar a quantidade de espécimes na região e investigar se não está relacionado entre os que se acham ameaçados de extinção. Assim sendo, o reconhecimento do princípio da insignificância deverá ser reservado para hipóteses excepcionais, principalmente pelo fato de que as penas previstas na Lei 9605/1998 são leves e admitem transação ou suspensão do processo (Lei 9099/95, arts. 76e 89)⁶⁴.

Finalmente, discorreremos acerca do último princípio selecionado, qual seja o princípio da ofensividade, previsto no artigo 98, I da Constituição Federal que trata de infrações de menor potencial “ofensivo”, tendo por significado que o Direito Penal só deve ser aplicado quando ofende ou acarreta um perigo concreto a um bem jurídico, sendo a proteção deste sua função precípua, o que significa não ser sua tarefa a proteção da ética, moral, costumes, programas de governo e a própria proteção das normas penais. Também conhecido como princípio da lesividade,

⁶³ FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal Ambiental e Reparação Ambiental**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp.118-119.

⁶⁴ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de., op. cit. p. 45.

conforme a doutrina de BITENCOURT⁶⁵, difere do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos que limita os interesses que podem receber a tutela do direito penal, enquanto a ofensividade somente admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado sofre um ataque efetivo.

Impedindo a punição de atitudes internas das pessoas, suas intenções e pensamentos, considera inconstitucionais os delitos de perigo abstrato, o que não é de entendimento pacífico⁶⁶. Abrangendo essa nova concepção exigida pelas mudanças sociais, existência e importância dos delitos de perigo abstrato, o professor Jorge de Figueiredo Dias, catedrático da Universidade de Coimbra, perguntado sobre a possibilidade de conciliação do princípio da lesividade com os bens jurídicos ofensíveis por acumulação, assim posicionou-se:

Quer dizer que é ao legislador ordinário, e só a ele, que pertence ponderar e decidir a questão de saber se, para uma tutela minimamente eficaz daquilo que chamo “bens jurídicos coletivos” (o ambiente, a identidade genética, a paz e a segurança públicas, a genuinidade do produto, etc.) se torna indispensável e em que medida punir comportamentos – em si mesmo aparentemente quotidianos, triviais e insignificativamente lesivos – em razão de sua quase inevitável acumulação. (...) E não me deixo convencer pelo argumento de que tais incriminações, radicando num puro contexto sistemático-funcional, se tornam ilegítimas por conducentes, por um lado uma invalidade administrativização do direito penal, por outro a uma flexibilização insuportável das categorias centrais de imputação, nomeadamente as da ofensividade e da culpabilidade. Pelo contrário, no que respeita ao “discurso legitimador”, estou convicto da inteira legitimação do legislador democrático para, face à necessidade colectiva de contenção de mega-riscos globais, criar, se e na medida indispensáveis, incriminações acumulativas, protectoras de bens jurídicos colectivos essenciais⁶⁷.

⁶⁵ BITENCOURT, op. cit. p. 24.

⁶⁶ CAPEZ (op. cit. p. 24) entende que “subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento legal, como ilegítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário, reprimindo-se a conduta, antes que ela venha produzir um perigo concreto ou um dano efetivo. Trata-se de cautela reveladora do zelo do estado em proteger adequadamente certos interesses. Eventuais excessos podem, no entanto, ser corrigidos pela aplicação do princípio da proporcionalidade”.

⁶⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **MP Notícias**: Informativo do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 5. n. 1. jan./fev. 2006. p. 4.

Tema de importantíssima relevância ao nosso estudo para que possamos alcançar as respostas inicialmente formuladas, será retomado em nosso estudo por configurar como uma das grandes alterações que vêm sendo impostas ao Direito Penal da era global, principalmente o tocante à proteção ambiental por este ramo do direito.

3.1.1 O princípio da intervenção mínima

Depois de analisados os princípios básicos penais, incumbe a explicação da não inclusão do princípio da intervenção mínima, o que se fez propositadamente em razão de que, embora evidentemente seja considerado dentre os demais princípios, ao nosso trabalho se faz imperioso analisá-lo de forma apartada por buscar concluir se tal princípio está sendo relativizado com a ampliação do âmbito protetivo do Direito Penal em decorrência do surgimento de novos bens jurídicos que exigem a proteção específica desse ramo do direito ou se o mesmo se mantém intacto ainda com as novas exigências da sociedade globalizada, resposta esta que se buscará apresentar satisfatoriamente ao longo deste estudo.

Diferentemente dos demais princípios outrora expostos, no tocante ao princípio da intervenção mínima não há qualquer divergência doutrinária acerca da sua existência, tendo todos os autores pesquisados incluído o referido princípio em seu rol, diferenciando-se entre si apenas pelo fato de alguns abrangerem na intervenção mínima o princípio da fragmentariedade, outros considerarem este como decorrência daquele e alguns tratarem ambos de forma completamente distintas⁶⁸.

⁶⁸ Neste sentido, Nilo Batista (**Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990) e CAPEZ consideram a fragmentariedade como característica do direito penal relacionada ao princípio da intervenção mínima, Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya (**Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003)

BITENCOURT ensina que o princípio da intervenção mínima foi consagrado a partir da Revolução Francesa, contudo fez-se imperioso apenas a partir da segunda década do século XIX em decorrência do crescimento desmedido de normas penais, o que o autor denomina de "inflação legislativa"⁶⁹. Tipos dolosos devem obedecer à imprescindibilidade, pois o uso excessivo da sanção criminal não garante uma maior proteção de bens, ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa. BATISTA, no mesmo sentido cita os autores clássicos:

Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que "quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas"; Beccaria advertia que "proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos"⁷⁰

De acordo com CAPEZ, a intervenção mínima teria dois destinatários principais quais sejam o legislador, para exigir-lhe cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, e o operador do direito, para evitar o enquadramento típico quando for possível a atuação de outros ramos do direito menos agressivos para resolver o caso⁷¹.

O princípio da legalidade apesar de impor limites ao arbítrio judicial, não impede que o Estado crie tipos penais injustos e atribua sanções cruéis, pois a seleção atende apenas aos reclamos momentâneos da opinião pública, sem qualquer método científico. Disso decorre a exigência de uma eficiente limitação material que se faz por meio da consideração do direito penal como *ultima ratio*, o

tratam ambos como princípios distintos, JESUS e BITENCOURT também consideram ambos como princípios embora considerem a fragmentariedade como corolário dos princípios da reserva legal e da intervenção mínima, enquanto PRADO classifica os dois princípios como sinônimos.

⁶⁹ BITENCOURT, op. cit. p.14.

⁷⁰ BATISTA, op. cit. p. 84.

⁷¹ CAPEZ, op. cit. p. 19.

que significa dizer que se houver outras formas de controle social suficientes para a tutela dos bens, a exemplo de medidas civis ou administrativas, estas devem prevalecer, demonstrando, da mesma forma, a subsidiariedade do Direito Penal que confirma que cabe a ele apenas a defesa contra agressões socialmente intoleráveis, protegendo somente um fragmento de interesses jurídicos. Acompanhando este entendimento também se apresenta a jurisprudência:

Contra aquele que, infenso à ética ambiental, concorre para o desmatamento de floresta considerada de preservação permanente, prevalece o rigor da lei, como *ultima ratio*, em ordem a que “o mundo não seja, num futuro não-remoto, um deserto fuliginoso e morto”⁷².

Incluída dentre os objetivos do Estado Social, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, a intervenção mínima assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 cujo artigo 8º determinou que a lei só deve prever as penas estritamente necessárias. Decorre da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito e exigência para uma equilibrada distribuição da justiça, assim como o caráter subsidiário do Direito Penal, integrando a política criminal ainda que não conste expressamente inscrita no texto constitucional⁷³ (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no Código Penal.

Sob um enfoque completamente distinto do até então apresentado, ZAFFARONI⁷⁴ explicita que além dos motivos que se apresentam como válidos nos

⁷² TACRIM. Apelação criminal n. 1.301.121/2, Cananéia, 15ª Câmara, Rel. Carlos Biasotti.

⁷³ Ainda que não haja previsão expressa no texto constitucional acerca do princípio da intervenção mínima, BATISTA (op. cit. p. 90) demonstra a existência de uma “imposição constitucional de tutela penal” que significa dizer que além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo.

⁷⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. pp. 78-79.

países centrais, o sistema penal da América Lática deve obedecer a esse princípio em razão de sofrer violação quanto ao seu direito de desenvolvimento, o que denomina de “injusto jushumanista”, decorrente da “distribuição planetária do poder” cujos efeitos se traduzem num aumento das contradições e violência social interna e, sendo a intervenção do sistema penal violenta, nada mais faria este sistema do que um acréscimo à violência já existente.

Para corroborar com esta idéia e firmar seu entendimento, apresenta-se o princípio da fragmentariedade, característica valorada negativamente em seu primeiro registro apresentado no Tratado de Direito Penal Alemão Comum de 1896 formulado por BINDING⁷⁵, pois este considerava como uma falha o fato de que o Direito Penal não abarcaria todos os assuntos de interesse jurídico, o que posteriormente se mostrou positivo em razão de que sua reserva para hipóteses excepcionais seria a representação de sua força, seu caráter fragmentário diz respeito ao fato de que o Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes.

No entanto, indo de encontro às idéias até este momento expostas acerca da intervenção mínima do direito penal, influenciado pelas mudanças que vêm sendo impostas ao ramo criminal em razão do desenvolvimento social que enseja um direito penal funcional, FRAGOSO afirma que “mesmo quando o direito penal tutela bens e interesses jurídicos já tutelados pelo direito privado, o faz de forma peculiar e autônoma”⁷⁶ e HASSEMER seguindo a mesma linha de raciocínio assim aduz

(...) nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de

⁷⁵ BINDING, Karl. Die Normen und ihre Übertretung, Utrecht, ed. Scientia, 1965. *Apud.* BATISTA, op. cit. p. 86.

⁷⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p.10.

controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.⁷⁷

Esse pensamento nos conduz à indagação feita inicialmente, no tocante à subsistência, relativização ou superação do referido princípio de tão expressiva importância para todo o sistema legal, sendo que os principais argumentos da corrente construtivista estariam no caráter original do tratamento penal, na convivência de conceitos jurídicos com distintos conteúdos e, ainda, na existência de matéria só versada em direito penal, argumentos estes que, segundo BATISTA⁷⁸, podem desaparecer com a transferência para o direito administrativo dos ilícitos de polícia e dentro de um quadro legislativo que estabeleça deveres gerais de solidariedade social e proteja eficientemente os bens públicos.

Neste sentido utilizamos o pensamento de BUSATO e HUAPAYA acerca do tema para propiciar o início da reflexão:

“(...) o atual grau de desenvolvimento social conduz, de modo cada vez mais intenso, ao reconhecimento da existência de bens jurídicos metaindividuais, reflexo de um processo de neocriminalização que afronta a intervenção do Direito penal moderno. Mas, se a migração para o Direito penal moderno é inexorável, de outro lado é inadmissível que a marcha evolutiva prive ou deixe a um segundo plano as conquistas principiológicas cidadãs. (...) O reconhecimento dos bens jurídicos universais, como o meio ambiente ou a economia, aprofundado mais pelo desenvolvimento dos processos de socialização que apregoam as ciências sociais, é motivo de reflexão para determinar se os interesses da sociedade e do Estado devem primar frente aos interesses individuais. Indubitavelmente cremos que não”⁷⁹.

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

⁷⁸ BATISTA, op. cit. pp. 88-89.

⁷⁹ BUSATO; HUAPAYA, op. cit. pp. 186-187.

De todo o exposto podemos inferir que a imprecisão do conceito de bem jurídico é o que gera dúvidas acerca da necessidade ou não de intervenção protetiva do ramo penal do direito e por tal motivo é que se impõe um aprofundamento da análise para que possamos alcançar uma resposta satisfatória ou, ao menos, sejam obtidas maiores informações que possibilitem uma construção teórica acerca dessas intensas alterações que se impõem ao Direito Penal.

3.2 A IMPORTÂNCIA SOCIAL DO DIREITO PENAL

3.2.1 As missões do direito penal

Inicialmente, antes de abordarmos especificamente acerca das funções ou missões do direito penal, incumbe fazer a ressalva apresentada por BUSATO e HUAPAYA que diferenciam a abrangência dos termos “função” e “missão”, reconhecendo por derradeiro que é dessa última que se determina a configuração do aspecto objetivo e também das funções desse ramo do direito, exigindo uma visão crítica do sistema.

(...) a doutrina majoritária costuma empregar a palavra “funções” do direito penal para justificar o que o direito penal tem que refletir no plano do “dever ser”. Sem embargo, a acepção do termo não é bem empregada, porquanto na linguagem sociológica se entende por função a soma das conseqüências objetivas de uma coisa, o que em direito penal seriam os efeitos objetivamente reais, ainda que não desejados, do sistema. Por isso a utilização do termo “missões” para denominar as conseqüências queridas e buscadas pelo sistema penal.⁸⁰

⁸⁰ BUSATO; HUAPAYA, idem. p. 31.

O Direito Penal apresenta-se como meio de controle social formalizado, procurando resolver conflitos e eventuais rupturas apresentadas na sociedade. BITENCOURT⁸¹ elenca como funções do Direito Penal sua finalidade preventiva, inserida na função motivadora; função criadora que se preocupa com as causas do fenômeno criminal; função valorativa por estabelecer sua própria escala de valores; função finalista por visar à proteção dos bens jurídicos fundamentais e, finalmente, função sancionadora, protegendo a ordem jurídica com a cominação de sanções.

Partindo dessa diferenciação e considerando que o nosso objetivo nesse momento é colher os efeitos desejados pela aplicação do direito penal à vida em sociedade, para alcançarmos os pontos que realmente exigem sua intervenção e concebendo a idéia de *ultima ratio*, buscaremos efetivamente as missões do direito penal estabelecidas pela política criminal, que se apresentam distintas na doutrina embora haja uma idéia prevalente dentre as demais.

Efetivamente, devemos considerar a grande importância dessas missões para que alcancemos o objeto que se deve atribuir à legislação penal, só assim podendo criticar a lei positiva, interpretá-la e indicar sua melhor adequação aos princípios constitucionais.

Há marcante harmonia entre as missões do Estado e do Direito Penal e o conhecimento é fundamental para a compreensão destas últimas. A opinião majoritária considera que a missão do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos ante lesões ou perigo de lesões, garantindo dessa forma os aspectos indispensáveis da vida em comunidade, todavia de acordo com BUSATO e HUAPAYA⁸², outros penalistas consideram como sua missão o reforço dos valores éticos-sociais no qual

⁸¹ BITENCOURT, op. cit. pp.3-4.

⁸² BUSATO; HUAPAYA, op. cit. p. 36-37.

estariam inseridos os bens jurídicos (Welzel) ou, ainda, a confirmação do reconhecimento normativo (Jakobs)⁸³.

Os referidos autores aduzem que Jakobs considera como missão do direito penal a prevenção geral decorrente do reconhecimento normativo, buscando a preservação da confiança na norma que se apresentaria como um modelo de atuação⁸⁴, olvidando-se, contudo, que este ramo do direito foca sua atuação no indivíduo e também de que essa força concedida à lei permite a ocorrência de abusos estatais sem que ninguém esteja apto a intervir, pois não protege algo por sua importância à coletividade.

Por sua vez, ZAFFARONI e PIERANGELI⁸⁵ demonstram que a missão de reforço dos valores ético-sociais, introduzida na doutrina welzeliana comprova que os valores da consciência jurídica sustentam Estado e sociedade sendo, portanto, mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos⁸⁶. Nesta visão, caberia ao direito penal orientar pedagogicamente os cidadãos à proteção dos bens jurídicos essenciais, contudo essa tarefa incumbe a outras esferas de controle social, sendo necessário lembrar que o direito penal só é aplicável como *ultima*

⁸³ ZAFFARONI; PIERANGELI (op. cit. p.91) dentro deste debate acerca das missões do direito penal, apresentam de maneira inovadora a noção de que, embora alguns sustentem que a tutela penal abrangeria os bens jurídicos enquanto outros acreditariam na tutela de valores ético-sociais, ambas as posições estariam inseridas na idéia de que a função primordial do direito penal seria a segurança jurídica, diferenciando-a da função de defesa social.

⁸⁴ BUSATO; HUAPAYA (op. cit. pp. 48-49) criticando este posicionamento por serem partidários da posição da missão do direito penal ser a proteção de bens jurídicos, demonstram que “Bens essenciais como a vida, a liberdade, a saúde, etc. expressam condições de realização do ser humano, indispensáveis para a convivência em sociedade e seu constante desenvolvimento (...) estes bens têm existência antes da norma, e não com o nascimento dela”.

⁸⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. pp. 37-39.

⁸⁶ Neste sentido CAPEZ (op. cit. pp.1-3) ensina que a missão do direito penal é proteger “valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc”, classificados como bens jurídicos, sendo exercida tanto pela intimidação coletiva como também pela “celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção de sua necessidade e justiça”. Abrange, com isso, ambas as missões acima descritas, dando prevalência à formação do juízo ético dos cidadãos, citando WELZEL para justificar essa opção: “...assegurar la real vigência (observância) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sóido que sustenta el Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene solo um fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo”.

ratio, por se tratar do ramo mais ofensivo do direito capaz de restringir a liberdade do sujeito.

Entretanto, como já exposto anteriormente, existe uma certa unanimidade em admitir como missão essencial do direito penal a proteção dos bens jurídicos, motivo este que impende sua observância específica, com as peculiaridades que lhe são afetas, questão melhor discutida na seqüência.

3.2.1.1 A proteção dos bens jurídicos

Conforme já se evidenciou anteriormente, apresenta-se dominante a opinião que relaciona as missões do direito penal com a defesa de bens jurídicos. Não se demonstra como objetivo deste trabalho a discussão do conceito de bem jurídico (o que se demonstra realmente de difícil conclusão até pela evolução social que demanda sua constante ampliação diante de novas exigências protetivas)⁸⁷, mas somente a inserção do meio ambiente nesse conceito⁸⁸ e também a demonstração que tais bens não interessam exclusivamente ao indivíduo, mas à coletividade como um todo. Sem embargo, para termos uma visão ampla da abrangência dos bens jurídico-penais, importante se faz a utilização do conceito de bens jurídicos trazido

⁸⁷ BUSATO; HUAPAYA (op. cit. p. 64), citando HASSEMER (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología e al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. pp. 106-107), no tocante à necessidade de ampliação do conceito de bem jurídico em razão da complexidade social e sua conseqüente dificuldade assim expõe: “Esta alternativa entre um conceito de bem jurídico preciso e crítico, mas alheio às necessidades da prática, e um conceito de bem jurídico prático e mais próximo da realidade, porém vago e inconsistente, se agudiza ainda mais em uma sociedade moderna e complexa como a que temos atualmente. A densidade e complexidade do tráfego viário e aéreo e dos centros de informação e comunicação dos terminais eletrônicos de dados; a crescente intervenção do Estado na economia através de uma política de subvenções, ou o aumento da poluição do meio ambiente, enfrentam ao Direito penal com a questão de se se pode limitar ainda sua missão de proteção do 'Direito de outro', ou há que passar a proteger instituições, unidades ou funções sociais, o que evidentemente significa uma maior indefinição do conceito de bem jurídico”.

⁸⁸ A inserção da idéia do meio ambiente como bem jurídico já foi amplamente exposta no item 2.3 que classifica-o como macrobem.

por PRADO e de bens jurídico-penais de ZAFFARONI e PIERANGELI, respectivamente:

O bem jurídico pode ser conceituado como ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Além disso, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico contido na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito⁸⁹.

(...). bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam. (...) os bens jurídicos são os direitos que temos de dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.⁹⁰

Abrandando a diferenciação rígida do que seriam as missões do ramo penal, ZAFFARONI e PIERANGELI⁹¹ afirmam que não há dúvida no tocante à aspiração ética de todo o direito, todavia no que tange ao direito penal “A coerção penal (basicamente a pena) deve procurar materializar esta aspiração ética, mas a aspiração ética não é um fim em si mesma, e sim que sua razão (seu “porquê” e seu “para que”) sempre deverá ser a prevenção de futuras afetações de bens jurídicos”.

De acordo com os mesmos autores⁹², os bens jurídicos cumprem duas funções no direito penal: uma função garantidora decorrente do princípio republicano e outra teleológico-sistemática com o escopo de dar sentido e limitar o tipo penal⁹³.

⁸⁹ PRADO. **Elementos...**, op. cit. p.65.

⁹⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. p. 439-440.

⁹¹ ZAFFARONI; PIERANGELI, *idem*. p 96.

⁹² ZAFFARONI; PIERANGELI, *ibidem*. pp. 443-444.

⁹³ Neste mesmo quadro, BUSATO; HUAPAYA (op. cit. pp.70-71) demonstram as vantagens do bem jurídico como missão do Direito Penal, assim afirmando: “(...) filtra a atuação seletiva do legislador penal, com isso coibindo os desvios do ideal principiológico que lhe serve de base e oferecendo, ao mesmo tempo, um ponto de referência através da ilicitude material. Ademais, o bem jurídico consiste em importante referência para estabelecer parâmetros de proteção jurídica na medida em que pode

Ainda são de extrema relevância tais bens para a classificação típica a exemplo do reconhecimento de qualificadoras e circunstâncias agravantes e/ou atenuantes e, ainda, da classificação de tipos em simples e complexos conforme o número de bens jurídicos afetados.

Importante se faz frisar que nem todo bem é um bem jurídico nem tampouco que todo bem jurídico se coloca sob a tutela específica do direito penal⁹⁴, e daí a importância de nosso estudo que busca delimitar esta tutela⁹⁵, principalmente a partir dos princípios deste ramo jurídico, principalmente os da intervenção mínima e da subsidiariedade⁹⁶. Neste sentido aduz TOLEDO:

Mesmo em relação aos bens jurídico-penalmente protegidos, restringe o direito penal sua tutela a certas espécies e formas de lesão, real ou potencial. Viver é um risco permanente, seja na selva, entre os insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu. Protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão⁹⁷.

fazer identificar com precisão as hipóteses de perigo ou de lesão, o modo e a intensidade da ofensa a ele dirigida, bem como o âmbito da proteção necessária(...)"

⁹⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI (op. cit. p. 438-439), ensinam que “há certos entes pelos quais o legislador se interessa, expressando este interesse em uma norma jurídica, o que faz com que sejam considerados juridicamente como bens (bens jurídicos), e que quando o legislador penal quer tutelar esta norma, punindo a sua violação com uma pena, os bens jurídicos passam a ser considerados *bens jurídicos penalmente tutelados*”

⁹⁵ FREITAS (op. cit. p.111), citando Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci (**Constituição e escolha dos bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 4, fasc. 1, n. 4, jan-mar. 1994) explicita uma das formas de dirimir dúvidas acerca de quais bens devam ser protegidos pelo direito penal, qual seja a necessidade de tutela penal dos bens reconhecidos constitucionalmente, e assim conclui: “A Constituição, enquanto 'lei fundamental' e expressão do 'pacto social' que está na origem da República, vincula os poderes do Estado a actuar com vista a uma série de objetivos. Perante comportamentos que agridem os bens constitucionais, ao legislador cabe a obrigação de utilizar a arma da penas e enquanto os outros instrumentos de controlo jurídico se revelarem destinados ao malogro. As valorações discricionárias do legislador sobre a necessidade de tutela penal dos bens constitucionalmente relevantes representam portanto o elo de ligação entre o sistema dos bens constitucionais – de per si mercedores de tutela penal – e o dos bens penalmente protegidos”.

⁹⁶ Vide capítulo 3.1 que trata dos princípios do Direito Penal.

⁹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 17.

Mister é a tarefa de alertar que a ofensa a um bem jurídico não é bastante por si só para caracterizar um crime, exigindo-se também a observação de seus elementos subjetivos, antijuridicidade e, ainda, culpabilidade. Também imprescindível se faz a diferenciação de dano e ofensa ao bem jurídico⁹⁸, estando o primeiro ligado ao objeto material do crime que nos casos de tentativa não chega a ser afetado, diferentemente do bem jurídico que mesmo nestes casos será atacado.

Por derradeiro, podemos observar que implica da profunda e rápida transformação social o surgimento de novas formas de tutela penal, muitas vezes superando a noção de bens individuais por buscarem a tutela de bens pertencentes à coletividade como um todo, ao que denominamos bens metaindividuais, a exemplo do meio ambiente, havendo entre eles uma relação de complementariedade. Estes bens jurídicos difusos alteram a noção de delito que exige efetiva lesão ao bem jurídico, pois na maioria dos casos, incrimina-se tão somente o perigo de lesão em razão da difícil ou impossível reparação do dano ambiental, o que para certos estudiosos acarreta uma grave insegurança jurídica. O estudo sobre esse tema será aprofundado mais adiante.

⁹⁸ Gilberto Passos de Freitas (Direito Penal Ambiental. *In*: PHILIPPI JR., Arlindo; ALVES, Alaor Caffé. (editores). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri, Sp.: Manole, 2005. p. 406) demonstra a diferenciação do dano com relação à ofensa do bem jurídico por meio da relação entre a proteção do meio ambiente e a tentativa de enquadramento de sua lesão à noção do princípio penal da insignificância, assim dispondo: “Ora, face ao bem jurídico tutelado pela norma legal, o meio ambiente, *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida* (Constituição Federal de 1988, art. 225), entendemos inaplicável o princípio da insignificância ou da bagatela, como dizem alguns, ainda que o valor do prejuízo patrimonial causado pela prática dos delitos seja irrisório. Não se deve confundir o dano patrimonial com a efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado”.

4 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL

4.1 A GLOBALIZAÇÃO COMO FATOR DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Genericamente conceituado pelo dicionário HOUAISS, o termo globalização⁹⁹ pode ser entendido como o “processo pelo qual a vida social e cultural nos diversos países do mundo é cada vez mais afetada por influências internacionais em razão de injunções políticas e econômicas”¹⁰⁰. Não sendo tema principal do presente estudo embora imprescindível para a compreensão do tema em debate, mais especificamente das causas que estão conduzindo a expansão do ramo penal do direito, incumbe neste momento demonstrar de forma sucinta e eficaz o significado deste fenômeno mundial que enseja adaptações de várias ordens pela sociedade.

Seguindo este conceito conciso trazido pelo dicionário que deixa de abarcar a origem e todas as complexidades desse fenômeno que somente hodiernamente passou a ocupar atenções do meio social pelas conseqüências desastrosas que vem acarretando, DUARTE demonstra não constituir a globalização fenômeno recente, embora atualmente seja entendido de forma diversa se comparado à sua origem, caracterizando-a de forma irretocável:

⁹⁹ Ulrich Beck (**La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 1.) demonstra que vários termos são utilizados para demonstrar esse novo momento histórico e social, podendo ser denominado pós-modernidade, modernidade tardia, era global, constelação pós-nacional, democracia cosmopolita ou, mais especificamente com relação ao meio ambiente, política da natureza. Todavia, demonstra que em seu entendimento não se trataria de pós-modernidade mas sim de “uma segunda modernidad”.

¹⁰⁰ HOUAISS; VILLAR, op. cit. p. 1457. Complementando o conceito com noções de economia política, a referida obra ainda traz em seu bojo que seria a globalização “intercambio econômico e cultural entre diversos países, devido à informatização, ao desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, à ação neocolonialista de empresas transnacionais e à pressão política no sentido da abdicação de medidas protecionistas (...) integração cada vez maior das empresas transnacionais, num contexto mundial de livre-comércio e de diminuição da presença do Estado, em que empresas podem operar simultaneamente em muitos países diferentes e explorar em vantagem própria as variações nas condições locais”.

É certo que a globalização, entendida como internacionalização do comércio, não é fenômeno novo, estando presente, por exemplo, nos antigos impérios, provocando sucessivos surtos de modernização econômica, cultural e jurídica. Na era moderna, esse processo de comercialização mundial foi impulsionado pela interação entre a expansão da cartografia, o crescente domínio das técnicas de navegação e a própria evolução do conhecimento científico, levando às novas descobertas (...). Assim, globalização não é conceito original ou inédito na história, na sociologia política, na teoria econômica ou na ciência do direito, disciplinas que trataram dessas mudanças econômicas e sociais através da história, embora com outra designação. O que se considera é a aplicação do conceito a um *inédito* processo de superação das restrições de espaço pela minimização das limitações de tempo graças ao avanço da tecnologia e a um fenômeno complexo e intenso de interações comerciais em âmbito mundial (...). Em verdade, a globalização econômica configura uma nova revolução industrial liderada pelas grandes empresas transnacionais e pelos organismos internacionais, que vem provocar uma redefinição da esfera política mundial. Se a primeira revolução industrial se deu com a introdução da máquina a vapor aos processos industriais, a segunda, com a automação dos processos produtivos, a globalização é tida como a terceira revolução industrial que inaugura um novo modo de produção capitalista em escala planetária, baseado em um novo paradigma de organização onde a mercadoria mais importante tornou-se o conhecimento, a informação, o domínio da tecnologia de ponta, o qual é convertido em fonte de renda pelo pagamento de *royalties*. Como resultado, os países em geral passam a comungar de um mesmo modo de vida, sendo praticamente imposto a seus habitantes modos e formas de consumo que se coadunem com essa nova produção em massa¹⁰¹.

Na visão de ZAFFARONI¹⁰², a globalização não se apresenta como discurso, mas sim, como um novo momento do “poder planetário” e que, como os demais¹⁰³, é irreversível. Demonstra que a principal consequência política da mesma é a impotência do poder político nacional frente ao poder econômico globalizado por ainda não existir uma organização global da sociedade para defender seus interesses.

Ao ultrapassar fronteiras nacionais em decorrência da globalização, necessária se faz a reformulação dos conceitos clássicos de hegemonia e

¹⁰¹ DUARTE, op. cit. p. 123-124.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La Globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: PIERANGELI, José Henrique (coord.). **Coleção Jus Eternum. Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 12.

¹⁰³ O autor indica que o poder planetário até o atual momento dividiu-se em três períodos distintos, quais sejam, a revolução mercantil e o colonialismo dos séculos XV e XVI, a revolução industrial e o neocolonialismo dos séculos XVIII e XIX e a revolução tecnológica e a globalização no século XX.

soberania, devendo-se desenvolver a noção já existente de gestão global face aos problemas comuns que afetam a totalidade ou parte do planeta, pois “o novo papel coadjuvante dos Estados, detentores de uma soberania inócua e caracterizados por uma regulação social fortemente condicionada por valores e interesse privados, em prejuízo do interesse público, levou a um evidente prejuízo na efetivação dos direitos da pessoa humana”¹⁰⁴.

Tendo como marco inicial o fim do socialismo e da Guerra Fria, no âmbito do direito a globalização dificulta a imposição de normas gerais e abstratas pelos Estados para disciplinar o comportamento dos agentes econômicos, pois se faz cada vez maior a influência desses centros de poder, exigindo-se para tanto uma reformulação da ordem jurídica vigente. O Estado se vê obrigado a editar sucessivas normas de diferentes categorias, resultando numa produção desordenada de textos legais, conduzindo a uma ruptura da noção de racionalidade jurídica, disseminando, ainda, uma insegurança generalizada e a perda dos valores jurídicos tanto das normas como também das condutas que disciplina¹⁰⁵.

Em suma, no contexto legal há uma evidente relativização dos direitos humanos fundamentais em face da lógica estrutural do sistema econômico e isso reflete na proteção ambiental, direito humano fundamental¹⁰⁶, pois, buscando regras menos rígidas e maior lucratividade, as empresas transnacionais transferem-se para os países que têm sua proteção social reduzida e suas práticas comerciais flexíveis, impondo-se uma “recontextualização do direito ao meio ambiente sadio na ordem

¹⁰⁴ DUARTE, op. cit. p. 139.

¹⁰⁵ Seguindo este entendimento, Márcia Elayne Berbich de Moraes (op. cit. p. 27) de forma simples e direta assim expõe: “Se antes havia uma causa que geraria um efeito, que possibilitava que na iminência de um risco se tivesse um controle (atitude) a ser tomado, o aumento da velocidade gera eventos que resultam a fragmentação. Não há mais controle, apenas caos”.

¹⁰⁶ Vide capítulo 2.6 que trata do meio ambiente como direito humano fundamental.

social, econômica e política na qual ele concretamente se insere, buscando sair de uma estrita concepção legalista que o condene à letra morta”¹⁰⁷.

Essa complexidade no âmbito da ciência social também enseja uma imediata conseqüência no pensamento jurídico penal pela dificuldade em referenciá-lo com objetivos de política criminal¹⁰⁸. Dessa forma, SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁹ descreve que na globalização a tendência para o direito é tornar-se mais unificado, prático, uniforme e menos garantista, isto porque exige mais eficácia na abordagem criminal podendo, todavia, ser mais severo comparando-se a todos aqueles ordenamentos que para ele contribuíram, representando uma resposta política. Demonstra-se isso com maior clareza nas palavras de BUSATO e HUAPAYA:

As garantias que se conseguiu em uma luta de anos e que constituíam a base de toda a construção dogmática do Direito penal chamado clássico estão sendo corroídas pelo chamado Direito penal moderno: um direito penal carregado de inconsistências e de constantes fricções que dificultam o reconhecimento das garantias surgidas no iluminismo e que se traduzem em princípios de direito material e inclusive processual. (...) Exemplos como os da eleição de novos bens jurídicos que se deve proteger; a mudança dos fins declarados da pena desde uma fundamentação absoluta a outra preventiva; os processos reformadores surgidos nos diversos Estados da Europa e que ainda continuam tratando de adaptar seu sistema penal às exigências políticas de cada momento, tudo isso são sintomas da evolução do Direito penal¹¹⁰.

¹⁰⁷ DUARTE, op. cit. p.139.

¹⁰⁸ Conforme aduz BATISTA (op. cit. pp. 27 e 34) por política criminal entende-se o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação de correntes do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia”, instituindo a tutela penal em campos que afetem interesses essenciais para a vida, saúde e o bem-estar da comunidade. Difere-se da criminologia, de acordo com o mesmo autor, sendo esta “a atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionadas com o comportamento desviante; os processos de infração e desvios destas normas; e a reação social, formalizada ou não, que aquelas infrações ou desvios tenham provocado”, devendo apresentar-se criticamente com o fim de verificar o desempenho prático do sistema penal, questionando sua construção política e a aparição social de comportamentos desviantes.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Luiz Otávio de Oliveira Rocha (trad.). São Paulo: RT, 2002. pp. 75-76.

¹¹⁰ BUSATO; HUAPAYA, op. cit. p. 43.

Conforme ensinam GOMES e BIANCHINI¹¹¹, podemos dizer que as principais características da modernidade penal que se acentuam na era da globalização são: a deliberada política de criminalização (iniciada com a incriminação generalizada de afetações lesivas mínimas, passando ao largo dos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, internacionalização de bens jurídicos e vítimas e influência da mídia); freqüentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial do Código Penal ou a edição de leis penais especiais; aumento de marcos penais dos delitos clássicos (a exemplo da criação da lei de Crimes Hediondos que penaliza mais severamente delitos já tipificados anteriormente); a proteção institucional ou funcional de bens jurídicos, preferencialmente de bens supraindividuais em detrimento dos individuais; ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato (relativiza o conceito de bem jurídico-penal pois sua multiplicidade, contingência e inconsistência o desvalorizam em si mesmo); menosprezo ao princípio da lesividade ou ofensividade (demonstrado pela difusão dos delitos de mera desobediência à norma que recebem punição bem mais severa do que a prevista no artigo 30 do Código Penal); erosão do conteúdo da norma de conduta (não cumprimento da exigência da taxatividade, deslocamento dos limites do conteúdo do injusto e difusos setores da administração pública, leis penais em branco, etc.); uso do Direito Penal como instrumento de política de segurança em oposição à sua natureza subsidiária; pouca importância aos princípios da igualdade e proporcionalidade para atender a uma exacerbada preocupação preventivista; transformação funcionalista de clássicas diferenciações dogmáticas

¹¹¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: RT, 2002. pp. 25-32. Os citados autores, antes de iniciarem o estudo acerca das características acima demonstradas, aduzem como transformações do Direito Penal a globalização dos crimes e criminosos, dos bens jurídicos (citando a ecologia como exemplo da tendencial universalização dos bens), das vítimas (muitas vezes não mais individualizadas), da explosão carcerária, globalização da desformalização da justiça penal (decorrente da flexibilização das garantias penais e processuais buscando sua eficiência) e também o agravamento da hipertrofia do Direito Penal (acarretando na sua incontestável expansão).

(a exemplo de autoria e participação, consumação e tentativa, porque a imputação individual apresenta-se como obstáculo para a eficácia da nova política criminal; responsabilidade penal da pessoa jurídica (prevista na Lei de Crimes Ambientais); endurecimento da fase executiva da pena inclusive por meio de medidas provisórias; privatização ou terceirização da justiça e, finalmente, alterações no processo penal exigindo aceleração nos procedimentos com o corte de direitos e garantias fundamentais para facilitar a operatividade da intervenção penal.

No tocante ao meio ambiente, as exigências decorrentes da sociedade globalizada conduzem à conseqüente necessidade de intervenção do direito penal neste âmbito para a proteção de valores maiores do homem, o que de acordo com MILARÉ, pode ser assim expressada:

Ora, preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico em nossos dias é questão de vida ou morte. Os riscos globais, a extinção de espécimes animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade de vida, deixam claro que o fenômeno biológico e suas manifestações sobre o Planeta estão sendo perigosamente alterados. E as conseqüências desse processo são imprevisíveis, já que 'as rápidas mudanças climáticas, ... a menor diversidade de espécies fará com que haja menor capacidade de adaptação por causa da menor viabilidade genética e isto estará limitando o processo evolutivo, comprometendo inclusive a viabilidade de sobrevivência de grandes contingentes populacionais da espécie humana'. Por isso, arranhada esta dignidade do Direito Penal caso não acudisse a esse verdadeiro clamor social pela criminalização das condutas antiecológicas¹¹².

¹¹² Marcelo Abelha Rodrigues (**Elementos de direito ambiental**: parte geral. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 257) demonstra a necessidade da tutela penal diante das novas exigências do mundo globalizado da seguinte forma: "De um ponto de vista político-criminal, portanto, o recurso aos crimes de perigo permite realizar conjuntamente as finalidades de repressão e prevenção ao crime ambiental, sendo certo que o progresso da vida moderna está aumentando em demasia as oportunidades de perigo comum, não estando a sociedade em condições de refrear certas atividades perigosas, tidas como condições essenciais de desenvolvimento que se processa. Em tal contexto, torna-se evidente que uma técnica normativa assentada na incriminação do perigo é a mais adequada a enfrentar as ameaças múltiplas trazidas de muitas partes e por meios estranhos ao sistema ecológico".

Complementando a idéia acima exposta, ZAFFARONI¹¹³ ensina que os mais graves delitos ecológicos são cometidos pelo próprio poder econômico “planetarizado” pela globalização, pois há uma constante procura por maior rentabilidade em menor tempo e o custo disso é a degradação ilimitada do meio ambiente. Sob este enfoque, GOMES e BIANCHINI¹¹⁴ distinguem o “direito penal da globalização”, que versa sobre um fenômeno novo surgido nas duas últimas décadas, do “direito penal na era da globalização”, produto e reflexo da soma das profundas transformações do Direito penal tradicional com as modificações típicas da globalização.

De forma peculiar e ilustrativa, GOMES e BIANCHINI demonstram metaforicamente a relação do Direito Penal tradicional com a criminalidade da era global, comparando-os em termos de velocidade, respectivamente, a um elefante (em razão do devido processo legal clássico exigir investigação burocratizada, denúncia, provas, instrução demorada, contraditório, ampla defesa, sentença, recursos, etc.) e muitos ratos velocíssimos:

Ao longo do século XX, mas (sic) particularmente depois da Segunda Guerra Mundial, acreditou-se que seria possível conter ou controlar (“combater”) os ratos com o elefante (com o Direito penal tradicional), desde que alguma mobilidade *extra* lhe fosse dada. O legislador, assim, começou a sua deformação, colocando algumas rodas mecânicas nas suas patas (leia-se: para fazer frente à criminalidade moderna, começou a transformar o Direito Penal tradicional flexibilizando garantias, espiritualizando o conceito de bem jurídico, esvaziando o princípio da ofensividade – mediante a construção de tipos de perigo abstrato -, eliminando grande parcela da garantia da legalidade etc.) Logo percebeu-se que a velocidade do elefante, mesmo já deformado, ainda assim era incompatível com a rapidez da criminalidade. O processo de motorização e, depois, de turbinação de suas patas deu-se nas três últimas décadas do século XX: amplo processo de criminalização, modificação constante do Código Penal, aprovação massiva de leis especiais, incremento dos tipos de perigo abstrato, agravamento de penas, novos tipos penais, flexibilização de praticamente todas as garantias fundamentais, flexibilização da prisão cautelar, proibição do direito de apelar, tutela prioritária de bens jurídicos supraindividuais (saúde pública,

¹¹³ ZAFFARONI, op. cit. p.23.

¹¹⁴ GOMES; BIANCHINI, op. cit. p. 16.

consumidor, segurança viária etc.), antecipação da tutela penal, admissão da transação penal, prêmios para o colaborador da Justiça, *plea bargaining* etc. Conseqüência: o elefante (o Direito penal tradicional) tornou-se irreconhecível (...) É um elefante completamente deformado. Ainda continua andando lentamente (leia-se: o Direito penal funciona uma vez ou outra), e é pouco eficaz na prática (o índice da cifra obscura aumenta a cada dia). Quando atua, entretanto, (leia-se: onde coloca sua pata) faz um estrago tremendo: a força e o peso da sua pata praticamente esmagam os ratos que são alcançados (isto é, os poucos criminosos processados e condenados são esmagados pela longa prisão cautelar, severas penas aplicadas, assim como pelo sistema penitenciário brasileiro).

Para tratar desse problema de grandes e irreversíveis proporções, importante se faz a proposta da escola de Frankfurt no sentido da criação de um direito de intervenção e também de SILVA SÁNCHEZ¹¹⁵ acerca do desenvolvimento do Direito Penal de duas velocidades que serão analisados com maior especificidade no decorrer deste estudo.

4.1.1 A expansão decorrente do surgimento da sociedade de risco

Substituindo a existência de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária provinham de acontecimentos naturais ou derivavam de ações humanas próximas e definidas para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos, a sociedade de risco, caracterizada pela tecnologia, massificação e globalização, demonstra a existência de um novo corpo social, no qual a ação humana, muitas vezes não individualizada, revela-se suscetível de produzir riscos globais em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para que contribuiu, exigindo-se, como conseqüência, uma nova política criminal.

¹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, op. cit. p. 144 e ss.

A essa nova concepção social, GIDDENS, BECK e LASH¹¹⁶ denominam “modernidade reflexiva”, caracterizando-a como uma nova modernidade advinda dos perigos gerados da modernidade para si mesma, decorrente da “obsolência” da sociedade industrial que demandou a emergência da “sociedade de risco”, esta resultante da produção de ameaças por parte daquela que, somente neste momento, passam a ser percebidas.

Pioneiramente analisado pela Escola de Frankfurt de forma crítica e posteriormente conceituada por BECK¹¹⁷, a “sociedade de risco global” pode ser entendida como “los peligros producidos por la civilización que no pueden delimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo”. Demonstra-se como “una era de incertidumbre y ambivalencia, que combina la amenaza constante de desastres de una magnitud enteramente nueva con la posibilidad y necesidad de reinventar nuestras instituciones políticas y de inventar nuevas formas de ejercer la política en lugares sociales que antes se consideraban apolíticos”¹¹⁸.

O mesmo autor demonstra que o regime de risco é global¹¹⁹, abrange tanto questões globais como locais e daí porque se utiliza do termo “glocales”, não sendo possível ser resolvido por políticas nacionais, exigindo portanto um diálogo transnacional-nacional, exemplificando com os perigos ecológicos que não

¹¹⁶ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Magda Lopes (trad.). São Paulo: Unesp, 1997. pp. 12 e 15.

¹¹⁷ BECK, op. cit. p. 29.

¹¹⁸ BECK, idem p. 146. O autor aduz ainda que os riscos não se referem aos danos produzidos mas sim representam uma ameaça de destruição, iniciando seu discurso no momento em que acaba nossa confiança em nossa segurança e perdendo relevância quando ocorre a catástrofe potencial, sendo o risco constituído pela percepção e definição culturais somado ao conhecimento do saber técnico (p. 214-215).

¹¹⁹ BECK (ibidem. pp. 8 e 25) ressalta que a globalidade do risco não significa em nenhuma hipótese uma igualdade global do risco pois, analisando o aspecto dos riscos ambientais, a contaminação se demonstra primeiramente nos países pobres em razão das políticas de livre mercado que permitem aos Estados desenvolvidos implantarem indústrias especializadas para seu abastecimento nos países endividados, recebendo ainda inúmeras vantagens políticas e fiscais dos mesmos que acreditam estarem sendo beneficiados econômica e socialmente. Aduz que existe uma estrutura básica de poder dentro da sociedade mundial de risco que se divide em quem produz e se beneficia dos riscos e nos muitos que se vêem afetados por estes mesmos riscos.

conhecem fronteiras, sendo universalizados pelo ar, vento, água e cadeias alimentares, justificando assim o movimento ecologista global. Está intimamente ligado ao processo administrativo e técnico de decisão, pois, até o seu surgimento, essas decisões eram tomadas com normas fixas de calculabilidade, ligando meios e fins ou causas e efeitos, o que na atualidade não se mostra mais possível¹²⁰:

Indudablemente, no es posible desterrar el riesgo de la vida moderna, pero lo que si podemos y debemos lograr es el desarrollo de nuevos dispositivos institucionales que puedan afrontar mejor los riesgos a los que nos enfrentamos actualmente; no pensando que podemos recuperar el control pleno, pero si que tenemos que encontrar formas de abordar democráticamente las ambivalencias de la vida moderna y decidir democráticamente qué riesgos deseamos aceptar¹²¹.

Relacionando a sociedade de risco ao meio ambiente, primeiramente incumbe expor o posicionamento de MORAES¹²² para quem “colocar a culpa da destruição do meio ambiente nos métodos de industrialização é desprezar os efeitos do urbanismo moderno através do meio ambiente criado”. Após feita a importante ressalva, podemos aduzir que, ainda que não tenha sido a única causa, sua percepção ocorreu exatamente pelo surgimento de efeitos colaterais de produtos ou processos industriais que puseram e estão pondo em perigo os requisitos básicos da vida. Como não se mostra possível a formulação técnica para dosar se os danos produzidos são toleráveis, requer-se a institucionalização do movimento ecologista e a construção de redes transnacionais, legislações e acordos nacionais e

¹²⁰ A ciência neste momento perde o papel fixador do paradigma do conhecimento por não mais ter condições de reagir adequadamente a essa nova situação de risco. Seguindo essa linha de raciocínio e para demonstrar a impossibilidade de calculabilidade dos riscos atuais, o mesmo autor (*Idem*. p. 5) exemplifica por meio das companhias de seguros que em razão dessa inexatidão, não cobrem os desastres nucleares, a mudança climática e suas conseqüências nem tampouco os riscos de baixa probabilidade e graves conseqüências de diversos tipos de tecnologia futura.

¹²¹ BECK, op. cit. pp. 70-71.

¹²² MORAES, Márcia. op. cit. pp. 149-150.

internacionais buscando uma mudança comportamental¹²³, direcionando a sociedade a políticas preventivas tendo em vista que em sua grande parte os danos produzidos se apresentam irreversíveis.

Em se fazendo um cotejo dessa nova ordem social com o Direito Penal, surge o que se chama de Direito penal do risco ou expansivo¹²⁴ que, segundo PRITTWITZ¹²⁵, significa a “preservación del futuro frente a grandes riesgos mediante el Derecho penal o al Derecho penal de una sociedad en la que la definición de riesgos se ha convertido en uno de los aspectos centrales del conflicto social”¹²⁶. Esse “novo” Direito penal acolhe novos bens jurídicos e reduz as exigências para a reprovabilidade das condutas, tipificando-as para que sejam socialmente desvaloradas e não por caracterizarem-se como socialmente inadequadas, abrangendo comportamentos superficialmente inofensivos, mas cujos resultados apresentam-se por acumulação, o que conduz à funcionalização deste ramo do direito para fins de minimização de riscos e garantia de segurança subjetiva.

No tocante ao argumento de “perigo” utilizado para justificar a intervenção penal sobre o desvalor ético de certas condutas independentemente dos resultados

¹²³ Importa nos utilizarmos mais uma vez dos ensinamentos de BECK (ibidem pp. 39-40) que diferencia os enfoques realista e construtivista da sociedade de risco global com relação ao meio ambiente: “el realismo enfatiza la sociedad del *riesgo global* y el constructivismo la *sociedad* del riesgo global. En la perspectiva constructivista, los actores transnacionales ya tienen que haber logrado que se *accepte* su política discursiva, de manera que la globalidad de cuestiones ambientales sea decisiva para las percepciones y exigencias de acción sociales. Por el lado ‘realista’, por contraste, esa globalidad se basa *únicamente* en la auto-autoridad ostensible de los peligros objetivos. Podríamos decir que el realismo concibe la problemática ecológica como ‘cerrada’, em tanto que el constructivismo mantiene en principio su *apertura*. Para uno, son los *peligros* (los escenarios de desastre total) de la sociedad del riesgo global los que constituyen el centro principal de atención; para el otro, son las *oportunidades*, los contextos en los que actúan los actores. Para uno, los peligros globales deben dar lugar antes que nada a instituciones y tratados internacionales. Para el otro, el hablar sobre los peligros ambientales ya supone coaliciones supranacionales de discurso comprometidas em una acción con éxito”

¹²⁴ Vide capítulo 4.1 que trata da globalização como fator de expansão do Direito Penal.

¹²⁵ PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: DALBORA, José Luis Guzmán (cordenador). **El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p.150-152.

¹²⁶ PRITTWITZ, idem. p. 154.

que acarretam, ZAFFARONI e PIERANGELI¹²⁷ advertem tratar-se de uma manipulação difusa desse ramo do direito que passa a se prestar como um simples servo de grupos de poder”, sendo o Direito Penal aquele escolhido em razão de que, além de prever segurança jurídica como todos os demais ramos do direito, distingue-se destes por também ser capaz de realizar a restrição da liberdade do homem.

Também seguindo essa linha de raciocínio embora de forma oposta, contrário à intervenção do Direito Penal, considerando que os riscos sempre existiram na sociedade e o que hoje enseja toda a discussão é apenas sua percepção, TOLEDO assim expõe:

Viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda sorte de eventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu¹²⁸.

DURKHEIM explica que nas sociedades complexas, o delito deixa de ser uma agressão à sociedade e passa a ser visto como um “fortalecimento da consciência coletiva” em razão da reação pública que gera. Seria uma resposta fora do contexto que provocaria uma espécie de reafirmação social necessária para superar a anomia (falta de normas) decorrente das conseqüências da implantação da divisão do trabalho na sociedade o que ZAFFARONI e PIERANGELI traduzem como “a primeira formulação moderna de uma visão macrossociológica do delito que abarca a reação social”¹²⁹.

¹²⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. p. 97.

¹²⁸ TOLEDO, op. cit. p. 17.

¹²⁹ DURKHEIM, Emile. **Le suicide**. Paris, 1987. *Apud*. ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. p. 296.

A esse respeito, existe uma grande controvérsia entre os doutrinadores sendo que alguns deles afirmam que para uma melhor proteção dos bens jurídicos típicos da “sociedade de risco” (meio ambiente, ordem econômica, saúde pública, etc) o instrumento mais adequado seria o Direito Penal e outros, contrariamente, demonstram a hipertrofia deste ramo na era da globalização, destacando os “riscos do Direito penal do risco”¹³⁰, tema este que terá sua análise aprofundada na seqüência deste estudo, devendo atermo-nos a peculiares questionamentos formulados por BECK para que posamos delimitar a importância e eficácia da percepção dos riscos:

¿qué significa, a la hora de tratar con los desastres, el cálculo de probabilidades y la diferencia social entre quienes toman las decisiones (sobre los riesgos) y las partes afectadas, que cada vez incluyen a grupos sociales más amplios (peligros)? ¿Quién tiene el derecho legítimo a adoptar decisiones en tales casos? O, más general, ¿cómo se podrán legitimar en el futuro las decisiones sobre las tecnologías peligrosas?¹³¹

4.2 O SURGIMENTO DE NOVOS INTERESSES E DE NOVOS RISCOS

Como já restou demonstrado¹³², em decorrência da globalização que demandou uma significativa alteração social, também os bens jurídicos protegidos

¹³⁰ GOMES; BIANCHINI, op. cit. p. 119. Ainda com o mesmo posicionamento, Márcia Elayne Berbich de Moraes (op. cit. p. 161): “O Direito (e aí se entenda Direito Penal), entrando na velocidade trazida pela urgência, traz consigo um novo tipo de risco: o da insegurança jurídica, ou seja, um recuo na liberdade (se é que algum dia alguma delas existiu). Então, a tentativa de solução de um risco causa outro. Ao tentar solucionar o problema dos riscos ecológicos pelo Direito Penal temos a criação de outros riscos político-criminais”.

¹³¹ BECK, op. Cit. p. 217.

¹³² Vide item 4.1, que trata da globalização como fator de expansão do direito penal.

pelo direito penal requereram sua revisão e ampliação¹³³, exigindo igualmente, por conseqüência, uma profunda alteração nos fundamentos desse ramo jurídico

Conforme ensinam GOMES e BIANCHINI, os riscos que permeiam nossa sociedade difusa e complexa são hoje também muito mais complexos a exemplo das enfermidades incuráveis (Aids) ou epidêmicas (dengue, por exemplo), conseqüências nefastas de difícil controle (vacas loucas), grandes catástrofes ecológicas (Chernobil), máfias, corrupção generalizada, crime organizado (inclusive dentro dos presídios – PCC, megarrebeliões), terrorismo, etc.; que exigem reações do Poder Político que, por sua força simbólica, lança mão do Direito Penal para tentar resolvê-los, justificando tal intervenção pela classificação destes riscos como “novos bens jurídicos”.

Inicialmente analisando a necessidade de proteção do meio ambiente como um bem jurídico até então carente de efetiva proteção, importante se mostra o pensamento de BECK que demonstra a necessidade de alterações políticas para o sucesso desse novo enfoque protetivo, dizendo que as antiquadas instituições existentes não bastam, devendo ao menos serem abertos, expandidos, repensados e recompostos, denominando essa mudança como “reinvenición de la política”¹³⁴:

Em términos sistemáticos, los peligros medioambientales constituyen un ámbito de conflicto: siempre hay perdedores, pero siempre hay también

¹³³ ZAFFARONI; PIERANGELI, (op. cit. p. 99), tendo por fundamento a inevitabilidade da paz social como razão para intervenção do Direito Penal, demonstram exatamente o oposto desta afirmação ao aduzirem que “Este processo seletivo de condutas antijurídicas merecedoras de coerção penal é matéria de permanente revisão, sendo manifesta a tendência à redução na política criminal dos países centrais, que propugnam abertamente a 'descriminalização' ou 'despenalização' de inúmeras condutas”.

¹³⁴ BECK, op. cit. p. 145. O autor ensina de forma ímpar que “en su fase temprana (difícil de localizar), los riesgos y la percepción de los riesgos son consecuencias no deseadas de la lógica de control que domina la modernidad. (...) um proyecto de control social y tecnológico por parte del estado-nación. (...) De este modo, se generan consecuencias –riesgos- que ponen en cuestión esta misma afirmación de control por parte del estado-nación, no sólo debido a la globalidad de los riesgos (desastres climáticos o el agujero de la capa de ozono), sino también debido a las indeterminaciones e incertidumbres inherentes a los diagnósticos del riesgo” (idem. p. 220).

ganadores. Los intereses de quienes contaminan, los intereses de las víctimas y los de quienes les ayudan se enfrentan entre si. A medida que aumentan el peligro y la percepción general de este conflicto, aumenta de forma simultánea un interés sumamente legítimo por prevenirlo y eliminarlo. La crisis ecológica produce y cultiva una conciencia de Cruz Roja cultural. Transforma cosas cotidianas y triviales, carentes de importancia, en pruebas de valor en las que puede demostrar heroísmo. Lejos de intensificar y confirmar la banalidad general de la modernidad, los peligros medioambientales crean un horizonte semántico sustantivo en la evitación, prevención y ayuda¹³⁵.

Demonstrando a origem das discussões acerca da utilização do Direito Penal para a proteção desses "novos riscos", MORAES¹³⁶ aduz localizar-se nos movimentos sociais como grupos ecológicos, feministas, pacifistas e novos estudos a respeito da vitimologia em meados da década de 80, buscando a proteção dos mais débeis por este ramo do direito.

A introdução das exigências decorrentes da sociedade de risco em âmbito criminal não significa o fim da proteção de bens jurídicos, sua função primordial como já restou demonstrado anteriormente¹³⁷, mas sim a ampliação do conceito dos mesmos, acrescentado aos bens jurídicos individuais os bens transindividuais, supra-individuais ou coletivos¹³⁸. Ainda que “muito mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade”¹³⁹, a inclusão de tais bens na tutela penal não altera de qualquer forma a função básica de tutela subsidiária de bens jurídico-penais por este ramo do direito.

¹³⁵ BECK, *ibidem* p. 162.

¹³⁶ MORAES, Márcia. *op. cit.* p. 35.

¹³⁷ Vide capítulo 3.2.1.1 que versa acerca da proteção de bens jurídicos pelo direito penal.

¹³⁸ Em sentido diametralmente oposto em relação à proteção de bens transindividuais, GOMES; BIANCHINI (*op. cit.* p. 81) dispõem que estes bens estariam ocupando a posição de bens jurídicos clássicos e isso iria de encontro à proteção do ser humano, só podendo ser protegidos pelo Direito penal quando pensados em função do ser humano, nunca por si só.

¹³⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal** - parte geral, tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 136.

Segundo FIGUEIREDO DIAS, isso ocorre porque “o carácter supra-individual do bem jurídico não exclui a existência de interesses individuais que com ele convergem”, exemplificando com a idéia de que membros de uma comunidade prejudicados por condutas poluidoras também se ressentem individualmente em razão delas por terem “um interesse legítimo na preservação das condições vitais”¹⁴⁰.

Em razão da menção feita neste momento com relação aos bens supra-individuais, sendo assim classificado o meio ambiente, conduz-se o estudo mais especificamente para a discussão acerca da necessidade de proteção do meio ambiente em âmbito criminal. Como marco inicial deste estudo, importantes se fazem as palavras de RODRIGUES¹⁴¹ que ensina que “na medida em que o bem se torna escasso, que a utilização por uma pessoa representa um sacrifício para os demais (...) certamente que haverá uma preocupação em regular, restringir, delimitar ou até mesmo negar e impedir a posse, o uso, o gozo e fruição desses bens que todos necessitam na mesma qualidade e quantidade”.

Seguindo o mesmo raciocínio e de forma mais aprofundada mostra-se o posicionamento de DOTTI¹⁴²:

A variedade de formas de lesão e a multiplicidade dos bens atingidos se expandem em proporção correspondente ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia. Frente ao raciocínio de que a natureza pode assimilar os

¹⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, *idem*. p. 138.

¹⁴¹ RODRIGUES, *op. cit.* p. 254.

¹⁴² Seguindo esta mesma orientação, FREITAS (**Ilícito penal...** *op. cit.* p.109) cita Rosário de Vicente Martínez (**Derecho penal del medio ambiente**. *In*: ÁVARES, Luiz Ortega (director). *Lecciones de derecho del medio ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 465) por dispor brilhantemente acerca do surgimento de novos interesses a serem protegidos pelo direito penal, assim dispondo: “O dano a atmosfera, a morte dos bosques, o desaparecimento de numerosas espécies de nossa flora e fauna, a contaminação do solo e da água, as emissões de ozônio, o abuso de herbicidas e pesticidas, o incremento incontrolado da demanda energética, junto as alarmantes cifras de deteriorização ecológica progressiva, criaram uma consciência pública sobre a importância de combater com decisão as ações danosas e perigosas contra o meio ambiente utilizando os meios que oferece o direito penal”.

dejetos e as seqüelas do processo de transformação, os agressores do meio ambiente acreditam que o lugar e o tempo se encarregarão de apagar os vestígios dos danos. Mas a redução do espaço geográfico do mundo a uma limitada *aldeia global* impede o desaparecimento do *corpus delicti*. A terra, o ar, a água e outros bens naturais não somente mostram a degradação da paisagem original como ainda restituem as matérias que não se podem consumir definitivamente. Nenhum desses elementos possui nos dias presentes entranhas insondáveis e inatingíveis, para absorver os atentados e encobrir os seus autores¹⁴³.

Para aqueles que afastam a incidência do direito penal na proteção do meio ambiente por conta do princípio da intervenção mínima deste ramo jurídico, a exemplo de PRITTWITZ¹⁴⁴ que propõe a existência de um setor autônomo do Direito Penal para a proteção do meio ambiente, qual seja o direito penal ambiental¹⁴⁵, BENJAMIN¹⁴⁶ refuta os referidos argumentos com maestria ao dizer que: “Se o direito penal é, de fato, *ultima ratio* na proteção de bens individuais (vida, patrimônio, por ex.), com mais razão impõe-se sua presença quando se está diante de valores

¹⁴³ DOTTI, René Ariel. **A proteção penal do meio ambiente**. Tese apresentada ao 1º Simpósio Nacional de Ecologia. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 1978. p. 25.

¹⁴⁴ PRITTWITZ, (op. cit. p. 169) O autor representa os doutrinadores que acreditam que a constatação de um interesse digno de proteção e o posterior reconhecimento de que existem ataques especialmente graves resulta numa condição necessária mas não suficiente para a intervenção do Direito Penal e assim aduz que: “ El concepto de bien jurídico responde unicamente a la cuestión de si un determinado interés merece protección, pero no a si esta protección debe realizarse penalmente. A la existencia de un bien jurídico debe añadirse la idoneidad de los instrumentos del Derecho penal, o que se deriva de un principio tan unido al Estado de Derecho como es el de proporcionalidad en sentido amplio, al que han de acomodarse todas las actuaciones del Estado y, por tanto, también el legislador penal”.

¹⁴⁵ Indo de encontro à existência de um ramo autônomo do direito penal que trataria exclusivamente das agressões contra os bens ambientais, RODRIGUES (op. cit. p. 255) demonstra a importância da proteção desse “novo interesse” e a forma pela qual deve se efetivar: “Obviamente que não se pretende aqui dizer e nem mesmo sugerir a existência de uma ciência autônoma a que se possa denominar de Direito Penal Ambiental ou até de Direito Ambiental Penal, já que ou as normas do ambiente de natureza penal se inserem no campo horizontal do Direito Ambiental, ou então o tema fica relegado a um dos matizes do próprio direito penal. O que não pode é uma ou outra abordagem ficar infensa ou isolada dos princípios regentes de cada um dos dois ramos: o penal ou o ambiental. A criação legislativa, a sua implementação, a sua interpretação e a sua aplicação ao caso concreto dependerão, inexoravelmente, da contribuição tanto do Direito Penal, quanto do Direito Ambiental, cabendo ao operador fazer a correta dosagem dessa influência para obter o máximo rendimento do preceito legal”.

¹⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. **Crimes contra o meio ambiente**. Livro de teses do 12º Congresso Nacional do Ministério Público, Fortaleza, Ceará, maio 1998, t. II, p. 391.

que dizem respeito à toda a coletividade, já que estreitamente conectados à complexa equação biológica que garante a vida humana no planeta”¹⁴⁷.

4.3 A "ADMINISTRATIVIZAÇÃO" DO DIREITO PENAL

Por se tratar de tema de extrema relevância e ainda pouco difundido dentre a comunidade jurídica, inicialmente impende a demonstração que as relações entre Direito Penal e Direito Administrativo tornaram-se problemáticas, havendo uma tendência que pretende ampliar o campo de atuação do direito administrativo às expensas do Direito Penal e outra oposta que penaliza verdadeiras questões administrativas, esta a ser mais detidamente analisada.

Diferentemente dos demais ramos jurídicos que buscam a afirmação da segurança jurídica por intermédio de sanções reparadoras, o direito penal recorre à pena apenas quando aquela não se mostra suficiente, quando se exige uma prevenção especial e é com a soma dessas duas características que se apresenta o direito penal administrativo, daí que a dita legislação deve respeitar as garantias que vigoram no ramo criminal penal ainda que não sejam propriamente legislações penais, evitando assim ações abusivas.

A atribuição de uma sanção de natureza penal a fatos privados de profundo significado ético-social, segundo GOMES e BIANCHINI, “permite transformar o *vetita quia mala* (proibido porque é ofensivo) em *mala quia vetita* (é ofensivo

¹⁴⁷ No mesmo sentido, FREITAS (**Ilícito penal...** op.cit. p.110) cita Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini (**Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad**. Revista de Derecho Penal y Criminología, n. 9, p. 160, enero 2002) para os quais: “Se trata, pelo contrário, de delitos caracterizados por uma vitimização de massa; direta ou indiretamente ofendem círculos amplos (...). E quanto a criminalidade ambiental, as agressões grandes ou pequenas à integridade do ar, da água, do solo etc., minam as condições de sobrevivência, física e econômica, de grupos mais ou menos amplos de pessoas ou de todo o gênero humano”.

presumivelmente porque está proibido)”, ou seja, o ato passa a ser criminoso não pelo mal que causa, mas “porque o Poder Político artificialmente colocou-lhe tal etiqueta”¹⁴⁸, sendo possível em razão da inexistência de um “Direito penal natural”, ter o legislador grande liberdade na seleção de atos ilícitos que exigem sancionamento penal. A isso denomina-se “administrativização” do Direito penal¹⁴⁹.

Os referidos autores ainda aduzem que grande parte dessa problemática decorre da ausência de individualização material do conceito de bem jurídico, tanto para distinguir com segurança o ilícito penal do administrativo como também para limitar as decisões legislativas no momento de tipificação formal da conduta. Exemplificam com o histórico processo de transformação do ilícito administrativo em ilícito penal, geralmente de natureza contravençional, na transição do Estado de polícia para o Estado de direito, para evitar corrupção e arbitrariedades na solução das transgressões administrativas que eram até então solucionadas pelas próprias autoridades, utilizando-se indevidamente deste ramo do direito que possui caráter subsidiário no sistema jurídico pois, para serem solucionadas com garantias, não seria preciso colocá-las no âmbito do Direito penal. Complementando esta idéia ainda acrescentam:

A proliferação indiscriminada dos ilícitos administrativos com a etiqueta de ilícitos penais ou, em outras palavras, a criminalização de condutas de escassa (ou nenhuma) ofensividade (isso é o que ocorreu abundantemente na Lei Ambiental – Lei 9605/98), indubitavelmente, continua sendo uma preocupação proeminente da política criminal¹⁵⁰ que, neste assunto, nunca seguiu uma direção única (...) a verdade é que essa histórica conversão dos ilícitos que são simples contravenções em ilícitos com caráter penal ainda

¹⁴⁸ GOMES; BIANCHINI, op. cit. p. 41.

¹⁴⁹ GOMES; BIANCHINI conceituam o referido fenômeno como “superdimensionamento” do Direito penal”.

¹⁵⁰ Os autores fazem a ressalva de que há uma certa ambivalência nas orientações político-criminais dos últimos anos com relação às infrações bagatelares pois de um lado propugna-se por medidas descriminalizadoras ou despenalizadoras (suspensão condicional do processo, transação penal, penas alternativas, etc) e de outro, nos setores relacionados com o desenvolvimento da sociedade pós-industrial, busca-se uma maior criminalização das condutas.

não é um processo acabado 'e não significa que no futuro não tenhamos que presenciar um fenômeno inverso, é dizer, o da transformação das contravenções em simples transgressões administrativas (...); não é somente previsível que no futuro se fará um uso muito mais cauteloso da sanção penal, senão que é recomendável que inúmeros ilícitos atualmente sancionados penalmente sejam reconduzidos ao âmbito do Direito administrativo; a enorme quantidade de contravenções [e outros tantos ilícitos de escassa ofensividade] constituem hoje um risco para o funcionamento da Justiça¹⁵¹.

As conseqüências nefastas decorrentes dessa alteração que incumbiu ao Direito Penal as sanções inclusive de infrações de pequena relevância social ou política seriam a morosidade, descrédito e sensação de impunidade, de ineficácia da ameaça penal e altos custos de processamento e execução das penas aplicadas.

Posicionando-se de forma contrária, advertindo, todavia, que a utilização do Direito Penal deve se dar cuidadosamente sob pena de transformar este ramo do direito em mero auxiliar do Direito Administrativo, PRADO demonstra a importância da proteção do meio ambiente por este ramo jurídico, posicionamento este que se coaduna com nosso entendimento:

A orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais – legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado de Direito democrático. A sanção penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada tão-somente para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiente. O Direito Penal nesse campo cinge-se, em princípio, a uma função subsidiária, auxiliar ou de garantia de preceitos administrativos, o que não exclui sua intervenção de forma direta e independente, em razão da gravidade do ataque¹⁵².

Indo ao encontro deste último posicionamento demonstrado e também ressaltando, os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima para a

¹⁵¹ GOMES; BIANCHINI, idem. p. 48 e 51.

¹⁵² PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001. p. 33.

intervenção penal, FIGUEIREDO DIAS entende que face à necessidade coletiva de contenção de mega-riscos globais, o legislador penal estaria sim legitimado a criar incriminações, ainda que acumulativas (cujo resultado não se apresenta imediatamente após a realização da atividade delituosa, mas após reiteradas condutas de mesma espécie), visando à proteção de bens jurídicos coletivos.

5 ANÁLISE DA LEI 9605/1998

5.1 ANÁLISE CRÍTICA DOS TIPOS PENAIS INSERIDOS NA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS

Antes de iniciarmos a análise acerca da Lei 9605/98 impende fazer a ressalva de que por tratar-se de um estudo acerca dos conceitos e princípios do direito penal e da importância da proteção do meio ambiente fazendo um cotejo entre eles, não desenvolveremos neste momento a análise de cada um dos tipos penais ambientais, senão apenas fazer breves considerações gerais sobre o tema, analisando pontualmente certos tipos que permitirão chegar à conclusão buscada inicialmente, fazendo suas necessárias críticas¹⁵³.

A discussão acerca da necessidade da proteção do meio ambiente em âmbito penal não é recente¹⁵⁴, todavia, em nosso país, não obstante a existência de leis esparsas protetoras de certos bens específicos, efetiva-se sistematicamente apenas com o surgimento da Lei 9605/98¹⁵⁵, diploma legal proposto pelo governo e

¹⁵³ Importante frisar que uma das maiores críticas ou inovações atribuídas à lei 9605/98 diz respeito à atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica, o que para muitos autores demonstra-se contrário a todo o sistema jurídico penal, e a inovação ao punir crimes ambientais passíveis de consumação também pela modalidade culposa, todavia, por serem temas de grande discussão e não influenciarem para o alcance do objetivo central do presente estudo, estas problemáticas ficarão ao largo de nossa pesquisa que não apresentará uma realidade sobre o assunto, mas o retrato de algumas faces do problema, tal como peças de um quebra-cabeças que, conectadas, podem nos mostrar indícios da efetividade e justiça na aplicação da referida Lei.

¹⁵⁴ DOTTE (idem. p. 17 e 38.) demonstra essa preocupação na discussão travado no decorrer do 17º Congresso francês de Criminologia ocorrido em outubro de 1977 no qual Meyer considerou fundamental o assunto da “delinqüência ecológica”, pois caracterizaria a “crise na civilização em que vivemos” por criar “situações de perigo a nível mundial”, exigindo um programa de prevenção e repressão comuns entre os países, indo muito além “das reações meramente episódicas e contingentes – capaz de assegurar, por um lado o equilíbrio dos homens entre si e, por outro, entre os homens e a natureza” e, ainda, por meio da orientação adotada nos trabalhos preparatórios ao XII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal de Hamburgo em 1979 que já dispôs como conteúdo do meio ambiente a pureza das águas, da atmosfera, da flora e da fauna, a preservação de áreas florestais e paisagísticas, do solo agrícola e de outras riquezas naturais.

¹⁵⁵ Vide terceiro parágrafo da p. 09 deste trabalho, em sua introdução. Publicada em 13 de fevereiro de 1998, com dez vetos e após quarenta e cinco dias de vacância, a referida lei entrou em vigor em

aprovado em regime de urgência pelo Poder Legislativo, que reuniu a maioria das infrações penais ambientais até então dispersas em várias leis¹⁵⁶, decorrente da necessidade de se frear a degradação ambiental e com fulcro nos mandamentos constitucionais e princípios basilares do direito ambiental.

Em que pese ter a referida lei grande valia para a proteção do meio ambiente e representar um grande avanço jurídico-político-social, muitas críticas podem ser formuladas em razão de sua imposição de alterações nos fundamentos básicos do direito penal, mudanças estas exigidas pela sociedade globalizada que criou novos riscos a serem protegidos¹⁵⁷, o que se constatará neste momento.

Primeiramente incumbe fazer referência ao seu “caráter altamente criminalizador”¹⁵⁸ por tipificar como crime diversas hipóteses até então classificadas como meras contravenções, o que iria de encontro aos princípios da

30 de março do mesmo ano. Em seu contexto, encontram-se capitulados crimes contra a fauna, crimes contra a flora, crime de poluição, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e crimes contra a administração ambiental. Paulo Affonso Leme Machado (**Direito Ambiental Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 656) explica que “Esta lei nasceu de projeto enviado pelo Poder Executivo Federal. A exposição de motivos 42 é de 22 de abril de 1991, do Secretário do meio Ambiente. Inicialmente, o projeto tinha o objetivo de sistematizar as penalidades administrativas e unificar os valores das multas. Após amplo debate no Congresso Nacional, optou-se pela tentativa de consolidar a legislação relativa ao meio ambiente no que diz respeito à matéria penal”, esclarecendo ainda que apesar da referida lei ser denominada como “lei de crimes ambientais”, não cuida apenas de matérias de índole penal, não obteve êxito de incluir todas as condutas nocivas ao meio ambiente e volta-se também para a tutela administrativa nos artigos 70 a 76, estes revogando o artigo 14 da Lei 6938/81 que dispõe sobre a Política nacional do meio Ambiente.

¹⁵⁶ Edson Stadler (**Direito penal ambiental & a responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003. pp. 42 e 43) exemplifica um os muitos problemas causados pela inexistência de sistematização da proteção ao meio ambiente, denominando de “aberrações” essa ocorrências: “por exemplo: um indivíduo que matava um tatu (muitas vezes para a subsistência) era preso em flagrante. O crime por ele praticado era inafiançável (Lei 5197/67, art. 34). Já o indivíduo que ateava fogo em uma mata e causava a morte de vários animais, inclusive vários tatus e outras espécies da fauna, respondia apenas pelo delito de dano”. Todavia, não obstante aos avanços obtidos pela referida sistematização da matéria, Edis Milaré (**Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 348) atenta que com a criação da Lei 9605/98 não foram inteiramente revogados tipos de natureza ambiental constantes do Código Penal (art. 250 § 1º, II, h), da lei de Contravenções Penais (art. 31), do Código Florestal (art. 26 e, j, l, m), da Lei 6453/77 (arts. 23, 26 e 27), da Lei 7347/85 (art. 10), da Lei 7643/87 (art. 2º), da Lei 974/95 (art. 13 I a V), etc.

¹⁵⁷ Vide capítulo 4.1 que trata da globalização como fator de expansão do direito penal e 4.2 que versa acerca do surgimento de novos interesses e novos riscos.

¹⁵⁸ PRADO, **Crimes...** op. cit. p. 16.

insignificância¹⁵⁹ e da intervenção penal mínima, todavia restringiu-se o âmbito de atuação das penas privativas de liberdade, o que se justifica segundo RODRIGUES¹⁶⁰ porque “O objeto de tutela é socialmente diferente, as sanções, o escopo e até mesmo o perfil do delinqüente ambiental é absolutamente diverso”, o que também se demonstra pelo item 26 da exposição de motivos da Lei 9605/98 que assim dispõe:

(...)uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves.

Exemplificando esta exagerada criminalização, violando frontalmente os referidos princípios, principalmente o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não devendo ir além de mera infração administrativa ou contravenção penal por sua ínfima relevância jurídica, podemos citar o artigo 49 da Lei¹⁶¹ que dispõe da seguinte forma: “Destruir, danificar, lesar ou maltratar, ou qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia”, tendo pena de detenção de três meses a um ano ou multa, ou ambas cumulativamente. Analisando o tipo penal em comento, REALE JUNIOR¹⁶² manifesta-se com toda a propriedade: “assim, tropeçar e pisar por imprudência na begônia do jardim do vizinho é crime”.

¹⁵⁹ Sobre o princípio da insignificância e sua análise face aos bens jurídicos ambientais, vide capítulo 3.1 que trata dos princípios do Direito Penal.

¹⁶⁰ RODRIGUES, op. cit. p. 273.

¹⁶¹ Da mesma forma, altamente criminalizadores, apresentam-se os artigos 32, 33, III, 34, 42, 44, 52, 55 e 60 da referida lei.

¹⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. **A lei hedionda dos crimes ambientais**. Folha de São Paulo, 06.04.1998, p. 3.

Também se apresenta um grande número de tipos abertos e vagos existentes na lei 9605/98 que na visão de muitos autores caracterizaria uma violação ao princípio da legalidade e para outros mostrar-se-ia aceitável em razão da titularidade (bens supraindividuais, transnacionais, difusos), qualidade e graus de deteriorização e/ou lesão do bem ambiental¹⁶³. Ainda esta característica engloba o fato de que muitos destes tipos penais caracterizam-se como normas penais em branco¹⁶⁴, ou seja, demandam preenchimento por outras normas, regulamentos ou conceitos técnicos para que adquiram efetividade de seus dispositivos, o que ensejou também o incremento da figura do erro de proibição¹⁶⁵. Sob este enfoque

¹⁶³ Neste sentido, PRADO (**Crimes...** op. cit. pp. 171-172) analisando o artigo 54 da referida lei que dispõe acerca do crime de poluição (*causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora*) afirma que “o tipo legal é extremamente amplo e vago, com cláusulas normativas, de cunho valorativo, que estão muito aquém das exigências do princípio da legalidade em sua vertente de taxatividade-determinação da lei penal. A expressão *de qualquer natureza*, reveladora de um objeto indeterminado, abrange seja qual for a espécie e forma de poluição, independentemente de seus elementos constitutivos (atmosférica, hídrica, sonora, térmica, por resíduos sólidos, etc.”. Em sentido oposto, Paulo José da Costa Júnior e Georgio Gregori (**Direito Penal Ecológico**. São Paulo: CETESB, 1981. p. 50) ensinam que “sempre que os tipos precisos não possam abarcar a evolução dinâmica da matéria, pela multiplicidade de seus aspectos, pela riqueza de detalhes que cada caso apresente, cedem lugar a tipos indeterminados”.

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis (**Direito Penal do Ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança. São Paulo: RT, 2005. p. 92), ressaltando que em princípio o Direito Penal deve evitar remissões a outras regras do ordenamento jurídico, cita Manoel Pedro Pimentel (**Direito Penal econômico**. São Paulo: RT, 1973. p. 50) que demonstra a vantagem da utilização dessa técnica legislativa da seguinte forma: “claro está que a principal vantagem da norma em branco é a estabilidade do dispositivo principal, emanado da autoridade legislativa de maior categoria através de moroso e complicado processo. As mutações impostas em razão do tempo e do lugar se fazem por meio de atos legislativos mais simples, de fácil maleabilidade, como é o caso da alteração da tabela de preços, dependente de mero ato administrativo e não do laborioso sistema de edição de lei ordinária”. Assim conclui PRADO (**Direito...** op. cit. p. 97), no sentido de evitar uma ofensa ao princípio da legalidade, reitor do sistema jurídico penal: “Em sendo assim, não há qualquer óbice à sua utilização, inclusive faz-se necessária para o tratamento penal do ambiente, desde que respeitados os limites materiais de reserva de lei ordinária, isto é, sempre que a lei penal contenha o núcleo do tipo e fixe os limites de uma remissão que não suponha – por sua indeterminação – uma deslegalização efetiva, em relação ao princípio da legalidade tanto em sua faceta formal, relativa ao nível necessário das normas sancionadoras, como material, predeterminação normativa de condutas e sanções”.

¹⁶⁵ O erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato vem previsto no artigo 21 do Código Penal que assim dispõe: “o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único: Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da licitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”. O referido instituto não terá seu estudo aprofundado em razão de não figurar como tema central do presente estudo e ser irrelevante para o alcance das conclusões aqui buscadas, contudo importante se faz sua referência pelo fato de que as normas penais em branco geram grande insegurança aos seus destinatários pela ausência de previsão fixa de seus dispositivos e possibilidade de alteração a qualquer momento, a critério do

que tende a potenciar a função simbólica penal-negativa, importante se faz a demonstração da utilização dessa questionável técnica legislativa em muitos dispositivos da lei sob comento, o que se fará de forma breve.

O artigo 29 §4º, I e VI não discrimina as espécies raras ou consideradas ameaçadas de extinção e também não define os métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa; o artigo 34 *caput* e parágrafo único I e II não faz menção aos períodos de pesca proibida nem dos lugares interditados, não diz quais as espécies aquáticas que devem ser preservadas ou o tamanho das espécimes cuja pesca é proibida, também não estabelece a quantidade de pescado permitida e quais os aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; o artigo 35 I e II não define a expressão explosivos e tampouco quais as substâncias tóxicas proibidas; o artigo 36 remete aos órgãos oficiais de gestão ambiental integrantes do SISNAMA para a obtenção das listas oficiais da flora e fauna; o artigo 37 exige caracterização e declaração dos animais nocivos passíveis de abate; o artigo 38 não define o termo “florestas de preservação permanente”; o artigo 45 diz que a definição de madeira de lei depende do Poder Público; artigo 50 não esclarece os termos “vegetação fixadora de duna e protetora de mangue”; o artigo 52 também deixa de definir o que seriam as “substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais”; o artigo 56 demanda atos normativos para conceituar “produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente” e, por fim, o artigo 62 não define quais os bens especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial”¹⁶⁶¹⁶⁷.

órgão encarregado de sua complementação, podendo facilmente acarretar o desconhecimento da lei apesar da inescusabilidade do mesmo.

¹⁶⁶ Além dos dispositivos explicitados, PRADO (**Crimes ...** op. cit.pp. 60, 94,117,182, 218 e 221) ainda inclui neste rol de normas penais em branco os artigos 40, 60, 33, III, 63 e 65 da Lei 9605/98. **Art. 33.** Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais

Outra crítica que se pode fazer com relação à Lei dos crimes ambientais diz respeito à grande formulação de tipos penais de perigo abstrato, assemelhados neste aspecto aos chamados crimes de mera atividade apesar de distintos, que não exigem resultado material para sua consumação, mas apenas a comprovação do comportamento que por si só já lesiona o bem jurídico. Neste aspecto a doutrina mostra-se divergente, pois parte dela refuta essa forma delitativa em razão de que a

brasileiras: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente. **III** - quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica. **Art. 40.** Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização. Pena - reclusão, de um a cinco anos. **Art. 60.** Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. **Art. 65.** Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. **Art. 66.** Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

¹⁶⁷ **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. § 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; VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa. **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; **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. **Art. 37.** Não é crime o abate de animal, quando realizado: **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. **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. **Art. 50.** Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. **Art. 52.** Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. **Art. 56.** Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. **Art. 62.** Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

norma penal apenas deveria incidir em casos de lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico, todavia, por outro lado, defende essa política normativa tendo em conta que o princípio da prevenção seria estruturante do sistema protetivo do meio ambiente em razão da dificuldade ou impossibilidade de reparação do dano causado, não sendo, portanto, incompatível com o princípio da legalidade por se coadunar com a idéia de antecipação da tutela penal¹⁶⁸.

Na visão de FREITAS, esses tipos de mera conduta “se configuram com a mera desobediência às determinações administrativas”¹⁶⁹ e na lei em comento pode ser essa característica exemplificada pelo artigo 52 que configura-se pela mera ação de “penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para a caça ou para a exploração de produtos ou subprodutos florestais (...)”, não exigindo a lei a efetiva ação de caçar ou explorar os referidos produtos, ou seja, independe da ocorrência real de lesão ao bem jurídico protegido.

Podemos ainda considerar a ausência de proporcionalidade entre a sanção penal cominada e a magnitude da lesão ao bem jurídico analisando o disposto no artigo 30 da Lei 9605¹⁷⁰ pois, se ao agente exporta, sem autorização, peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, incorrerá nas penas de reclusão de um a três anos e multa, entretanto, se exporta produtos e objetos oriundos destas espécies (bolsas confeccionadas com pele de réptil, por exemplo) sem a devida licença, permissão ou

¹⁶⁸ FREITAS, **Ilícito penal...** op. cit. p. 121. Todavia, ressalva PRADO (**Direito Penal...** op. cit. p. 141) que a presunção nos crimes de perigo abstrato é relativa, *iuris tantum*, não havendo qualquer função a punição de certo ato cuja periculosidade apresenta-se descartada desde o início apenas em decorrência “de certa volatilização da ilicitude material”, devendo-se nestes casos entender como causa de atipicidade da conduta por não colocar em perigo o bem jurídico de nenhuma forma.

¹⁶⁹ FREITAS, **Ilícito penal...** idem. p. 123.

¹⁷⁰ **Art. 30.** Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa

autorização, incide nas penas do artigo 29 § 1º, III da aludida lei¹⁷¹, sancionada com detenção de seis meses a um ano e multa¹⁷².

Por derradeiro, critica-se, a falta de sistematização e proporcionalidade das sanções constantes nas previsões da lei de crimes ambientais quando comparadas aos tipos penais já anteriormente pertencentes ao ordenamento jurídico penal, o que podemos inferir do cotejo realizado entre os artigos 32 da Lei 9605/98 e artigo 136 do Código Penal, pois enquanto a lei ambiental determina uma detenção de três meses a um ano e multa para o crime de maus-tratos contra animais, quando o sujeito passivo é um ser humano impõe-se sanção que varia de dois meses a um ano e multa, “portanto, maltratar um animal é mais grave que ofender uma pessoa”¹⁷³.

Diante de todo o exposto, ressalta-se mais uma vez que não obstante a evolução da proteção do meio ambiente decorrente do surgimento da Lei de crimes ambientais, e a necessidade de sua incidência em âmbito penal, a mesma apresenta-se com inúmeras falhas e formulações que vão de encontro a toda dogmática penal tradicional. A seleção processual penal dos crimes ambientais reflete o caráter simbólico e imediatista da Lei em comento, uma vez que não demonstra estar responsabilizando os verdadeiros poluidores e apenas estar

¹⁷¹ **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: **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.

¹⁷² Ainda sobre o tema, incumbe demonstrar a incoerência dos artigos 38 e 40 da Lei 9605/98 que dispõem que a produção de qualquer dano, ainda que indireto, em Unidade de Conservação é punida com pena de reclusão de um a cinco anos, enquanto a completa destruição da floresta de preservação permanente prevê pena de detenção de um a três anos, demonstrando mais uma vez a ausência de proporcionalidade na proteção dos bens jurídicos ambientais,

¹⁷³ STADLER, op. cit.. p. 48.

atingindo determinado segmento da população¹⁷⁴, exigindo, por tal motivo, a cuidadosa análise acerca de sua efetividade quanto à proteção dos bens jurídicos, tema que se analisará pormenorizadamente neste momento.

5.2 PROTEÇÃO DOS BENS AMBIENTAIS OU DO PODER ADMINISTRATIVO DO ESTADO?

Como já restou demonstrada a grande utilização das normas penais em branco nos crimes ambientais, podemos inferir que a utilização de inúmeros elementos normativos do tipo gera dúvidas acerca da existência de efetiva proteção do bem jurídico meio ambiente ou da proteção do poder administrativo, pois as expressões “sem licença”, “sem autorização”, “sem permissão”, “em desacordo com a determinação legal obtida” e outras de mesma espécie demonstram que uma análise mais detalhada do tema conduz à conclusão de que quem define o que é ou não crime na esfera ambiental é a Administração Pública.¹⁷⁵

Essa afirmação decorre da análise de alguns tipos penais da Lei 9605/98¹⁷⁶ que, por dependerem de normas outras para completar a proibição ou o

¹⁷⁴ Ao fazer referência que a Lei 9605/98 atinge somente determinado segmento social, devemos considerar a constatação de Márcia Elayne Berbich de Moraes (op. cit. p. 187): “boa parte do crime ambiental (,,), não chega às instâncias judiciais, pela constante e interdependente negociação entre o Estado e empresas. O argumento habitualmente utilizado, neste caso, é o de que as empresas proporcionam o desenvolvimento sustentável, uma vez que dão empregos”. Além dessa questão, devemos considerar que as grandes empresas poluidoras em sua maioria são “autorizadas” a poluir em razão de possuírem licença ambiental para a prática de suas atividades, o que não ocorre com aquele que pesca um peixe para sua sobrevivência e pode ser surpreendido com uma punição criminal.

¹⁷⁵ A referidas licenças, autorizações e permissões nada mais são do que a resposta política ao binômio poluição x desenvolvimento, pois ainda que saibamos que a poluição é prejudicial ao homem, cada vez é maior a dependência para com as indústrias que nos cercam. Tratam-se de permissões concedidas pelo Estado para realizar atividade lesiva ao meio ambiente dentro de certos limites previamente estabelecidos, contudo, com o saber científico desacreditado, como estabelecer quais serão estes limites?

¹⁷⁶ De acordo com PRADO (**Crimes...** op. cit. p.56) as expressões “sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, em desacordo com as determinações legais” ou

mandamento de conduta conforme o direito, remetem-se novamente ao Direito Administrativo, seus regulamentos, atos normativos, etc., sob o argumento de que o meio ambiente é algo complexo e dinâmico que exige constantes revisões de suas necessidades. Ora, porque então não se utilizar diretamente deste ramo do direito para sua efetiva proteção? A resposta apresenta-se clara com a exposição da

expressões com o mesmo escopo constituem elementos normativos do tipo, concernentes à ausência de uma causa de exclusão da ilicitude que, presentes, tornam a conduta lícita, sendo a permissão em muitos casos concedida pelo Ibama ou por órgão estadual que desempenhe função delegada. Não impende, neste trabalho, diferenciarmos tais expressões próprias do Direito Administrativo, mas sim analisarmos qual a relevância de sua inserção nas normas penais e sua exemplificação a partir dos dispositivos constantes da Lei de crimes ambientais. Na lei 9605/98 podem as referidas expressões ser encontradas em inúmeros de seus dispositivos a exemplo dos artigos 29, 30, 31, 39, 44, 45, 46, 51, 52, 56, 60, 63 e 64.

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. **Art. 30.** Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. **Art. 31.** Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. **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. **Art. 44.** Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. **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. **Art. 46.** Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. **Art. 51.** Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. **Art. 52.** Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. **Art. 56.** Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. **Art. 60.** Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. **Art. 63.** Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. **Art. 64.** Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

jurisprudência que comenta a existência da tipificação do ato de pichação no artigo 65¹⁷⁷ na referida lei:

Pichar ou grafitar bens móveis ou imóveis é um fenômeno contemporâneo, que tem se espreado por todo o mundo ocidental; por isso que, **ante a insuficiência das sanções administrativas**, o legislador resolveu elevar tal conduta à categoria de fato criminoso, com o intuito de fazer cessar, ou ao menos diminuir, essa prática anti-social¹⁷⁸. (Grifo nosso)

Conforme ensina RODRIGUES¹⁷⁹, “para verificar a natureza da sanção importa saber não o resultado da antijuridicidade, mas sim qual o bem precipuamente tutelado pela sanção a ser aplicada”. Neste sentido, a diferenciação entre as sanções penais e administrativas, importante para avaliarmos por qual destas instâncias deve ser protegido o meio ambiente, consiste no fato de que na primeira aplica-se o *jus puniendi* do Estado pelo Judiciário para a conduta tipificada como crime enquanto nesta, a aplicação da sanção pela Administração refere-se ao fato objetivo de infração à norma de conduta, ainda que a violação não cause qualquer dano, não possuindo, todavia, caráter punitivo.

O artigo 70 da Lei 9605/98 considera infração administrativa ambiental “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”, englobando a inobservância de qualquer norma legal ou regulamentar em matéria ambiental e, também, a desobediência às exigências técnicas feitas pelas autoridades competentes no tocante ao licenciamento ambiental, aproximando-se demasiadamente das normas penais

¹⁷⁷ **Art. 65.** Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

¹⁷⁸ TACRIM. 4ª Câmara. SER 1.219.923-1. Rel. Devienne Ferraz, DJE 08/11/2000.

¹⁷⁹ RODRIGUES, op. cit. pp.265-266.

constantes na referida lei¹⁸⁰. MILARÉ demonstra a importância da tutela administrativa do ambiente que vai além da simples punição existente no âmbito penal, sendo mais eficiente por haver regulações locais conforme as peculiaridades de cada região, também diferenciando a noção de gestão e gerenciamento ambiental:

A tutela administrativa do ambiente, partindo de um *sistema jurídico* e de um corpo de instrumentos legais, conduzirá a ação do Poder Público para um *sistema de gestão ambiental*, no contexto do que estabelece o art. 225 da Constituição Federal, complementado pelos dispositivos das Constituições Estaduais e das leis orgânicas dos Municípios. Cremos oportuno enfatizar a palavra *gestão*, como forma racional e ampla de praticar a tutela administrativa do ambiente através de sistemas que integrem a Administração Pública e a sociedade organizada, conferindo ao processo a nota participativa e democrática que é preconizada pelos nossos textos legais maiores. A gestão se diferenciaria do gerenciamento, tomado este como sistema ou modalidade de administrar problemas e interesses relativos ao meio ambiente em escala operacional e no âmbito de assuntos específicos. A gestão ambiental se ocuparia do aspecto executivo propriamente dito, da implementação de medidas concretas em casos particulares, valendo-se dos métodos e meios propiciados pelo planejamento (seja no setor público seja na iniciativa privada)¹⁸¹.

A maior crítica que se faz a este modelo de tipificação de condutas relativas ao meio ambiente, protegendo muitas vezes uma disposição administrativa ou normativa ao invés de cumprir sua função precípua de proteção dos bens jurídicos¹⁸², é aduzida por MILARÉ que assim dispõe:

¹⁸⁰ Vide capítulo 5.1 que trata da análise crítica dos tipos penais inseridos na lei dos crimes ambientais, principalmente no tocante às normas penais em branco e aos elementos normativos do tipo que na maioria das vezes remete a uma estipulação administrativa, nestes casos justificando a existência tão somente de legislação administrativa que trata da matéria meio ambiente nos moldes em que hoje se apresentam as normas penais.

¹⁸¹ MILARÉ, op. cit. p. 260.

¹⁸² PRADO (**Direito Penal**... op. cit. p. 89) seguindo este entendimento assim aduz: "(...) argumenta-se que a distância física entre as normas penais e suas correlatas administrativas poderia causar problemas de interpretação no momento da formação do juízo de tipicidade. E o ambiente nem sempre é diretamente protegido, mas sim a legislação ou a potestade administrativa a ele relativas".

(...)na maioria das infrações penais ambientais o fato é ilícito porque o agente atuou sem autorização legal, sem licença ou em desacordo com as determinações legais. Vale dizer que o agente é punido não por ter praticado o fato ou exercido tal ou qual atividade considerada danosa ao meio ambiente, mas sim, por não ter obtido a autorização ou licença para tal ou, ainda, mesmo quando devidamente habilitado, com a autorização ou licença, por não ter observado suas condicionantes e/ou determinações legais ou regulamentares. Exemplificando: 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 autorização¹⁸³.

Da mesma forma e ainda mais especificamente assevera PRADO demonstrando ser a tutela penal “relativamente” dependente da normativa de cunho administrativo¹⁸⁴ visto que a lesão da norma administrativa na proteção penal do meio ambiente integraria o tipo de injusto como um de seus elementos, contudo conclui que “a intervenção penal nessa seara há ser sempre *limitada e cuidadosa* (...)Daí ter-se que o delito ambiental não pode ser um fim em si mesmo, estruturado como mera infração de desobediência, ou servir à garantia de puras funções administrativas (de controle ou de gestão)”¹⁸⁵:

(...) o que se entende merecedor de sanção penal não são as lesões contra o Direito Administrativo à margem de seus efeitos ecológicos, mas sim as ações com conseqüências, ao menos potencialmente, lesivas ao meio ambiente, ainda que seja necessário para constatar essa lesividade remeter-se à decisão administrativa, que determina, com finalidade preventiva, as margens de atuação individual. Não se trata aqui de proteger "o ato de mera desobediência administrativa, a pura infração das disposições do ordenamento administrativo (diferentemente do propugnado pelo postulado da absoluta acessoriedade administrativa), sem ter em conta as efetivas incidências ecológicas (...)” dos delitos perpetrados contra o

¹⁸³ PRADO, idem. pp. 350-351.

¹⁸⁴ O referido autor (ibidem. pp. 100-101) distingue as várias espécies de acessoriedade classificando-as em conceitual (“quando incorporam-se ao tipo penal conceitos administrativos como elementos normativos jurídicos”), normativa ou material (quando “opera-se remissão penal à norma administrativa, de modo expresso ou tácito”) e acessoriedade ao ato administrativo (quando “prevê-se na estrutura típica legal de modo explícito e concreto um ato administrativo específico” não normativo, a exemplo de autorização, permissão ou proibição).

¹⁸⁵ PRADO, ibidem. p.101.

ambiente. Exige-se, portanto, a ocorrência de “prejudiciais conseqüências”, ou certa nocividade para o bem jurídico¹⁸⁶.

Seguindo ainda a mesma linha de raciocínio, PRITTWITZ demonstra que a utilização do Direito Penal não trata de solucionar o problema do meio ambiente, mas sim problemas de ordem social¹⁸⁷, a proteção de bens públicos ante os processos de produção, decorrente de comportamentos legais que se realizam abertamente em nosso sistema econômico apoiado tanto pela política como pela normativa econômica vigente:

Esta utilización del Derecho penal constituye una respuesta ineficaz, contraproducente y simbólica en el peor sentido del término, en cuanto que se pretende hacer frente a problemas apremiantes y no satisfacer necesidades colectivas de la pena. La intervención del Derecho penal para solucionar los problemas del futuro resulta errónea, porque no incrementa um ápice la prevención de determinados comportamientos lesivos para el medio ambiente, y no tanto porque resulten limitados o inadecuados, según los casos, los medios de persecución penal o porque se produzcan controles indeseables desde el punto de vista del Estado de Derecho y, sobre todo, no porque la actuación de la justicia penal vea obstaculizada su labor de protección del medio ambiente o los consumidores por las sutilezas en las que se conforma el Estado de Derecho.

Os tribunais nacionais não se apresentam unânimes em seus posicionamentos no tocante a criminalização de condutas visando à proteção dos bens jurídicos ambientais ou do poder administrativo por meio da exigência de

¹⁸⁶ PRADO, *ibidem*. pp. 99-100.

¹⁸⁷ Corroborando com este pensamento Jorge de Figueiredo Dias (**Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. pp. 164-165. *Apud* MORAES, Márcia. *op cit.* p. 168) dispõe que "O que afirmam é que não pode – nem deve – pedir-se ao direito penal que se arvore em instrumento de tutela perante aqueles riscos, sob pena de nada se ganhar em mais efectiva protecção penal e social e de muito (ou tudo...) se perder na prossecução de uma defesa efectiva e consistentes dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que constitui o património ideológico inalienável do Iluminismo penal. Para aquela protecção deve intervir, não o direito penal – sendo por isso de recusar *in limine* a pretensão de construir um 'direito penal do risco' – mas, outros ramos de direito, nomeadamente o direito administrativo, e (porventura sobretudo) outros meios de controlo social não jurídicos".

autorizações administrativas, algumas vezes sendo desconsiderada a existência da autorização exigida se a atividade acarreta dano ao meio ambiente:

Art. 48 da Lei n. 9605/98. Agente que levanta um “rancho” em terreno considerado unidade de conservação localizada em área de preservação permanente. Configuração. Ocorrência. Regularidade administrativa e registraria do loteamento e existência de outros “ranchos” no local. Irrelevância. Inteligência art. 48 da Lei Federal n. 9605/98. Configura o crime do art. 48 da Lei n. 9605/98 a conduta do agente que levanta um “rancho” em terreno considerado unidade de conservação localizada em área de preservação permanente, construção esta que vem impedindo a regeneração da vegetação rasteira, passível de inclusão na expressão “demais formas” do enunciado típico, sendo certo que a eventual regularidade administrativa e registraria do loteamento e a existência de outros “ranchos” no local não descaracterizam o delito¹⁸⁸.

Em sentido diametralmente oposto, versando sobre idêntica questão:

Tem-se como fato atípico, a ensejar o trancamento de inquérito policial por falta de justa causa, a supressão de vegetação tipo cerrado, em área de loteamento de uso residencial, devidamente aprovado e registrado nos moldes da Lei n. 6766/79, para o levantamento de edificações, pois tal conduta não se amolda aos tipos descritos nos arts. 38 e 39 da Lei n. 9605/98, destinados a punir aquele que suprime floresta de preservação permanente, cujo conceito, que deve ser buscado no art. 2º do Código Florestal, não se aplica à espécie¹⁸⁹.

Diante do exposto, criticamos mais uma vez a Lei de crimes ambientais pois, ainda que buscando uma proteção do meio ambiente seguindo os preceitos trazidos pela Carta Constitucional de 1988, a grande utilização de remissões a elementos normativos do tipo que concedem à Administração uma poderosa capacidade de decisão pode conduzir a danos ambientais imensuráveis em razão da “autorização”

¹⁸⁸ TACRIMSP, Apelação Criminal n. 1.283.289/3,, 7ª Câmara, j. 13/12/01, Rel. Des. Corrêa de Moraes, RJTACRIM 58/57.

¹⁸⁹ TJSP. Rel. Des. Canellas de Godoy. RT 785/603.

ou “licenciamento” da atividade lesiva¹⁹⁰. Questiona-se se o escopo da licença é somente o conhecimento público ou o uso racional dos bens, pois a população deve ter conhecimento desse uso por ser o meio ambiente de titularidade difusa protegido por todos¹⁹¹.

Devemos ter em mente as palavras de GOMES e BIANCHINI que de forma exemplar dispõem que “o Direito penal jamais pode converter-se em um 'instrumento de governo', porque assim se incrementa o perigo de desaparecer a diferença entre o verdadeiro Direito penal e o Direito administrativo 'penal'”¹⁹².

5.3 RELATIVIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDANTES DO DIREITO PENAL OU NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE NOVOS BENS JURÍDICOS ATÉ ENTÃO INEXISTENTES?

Primeiramente cumpre inferir que os bens ambientais sempre existiram, contudo seu reconhecimento como tal dependeu de toda evolução já demonstrada o início do trabalho, estabelecendo-se definitivamente com o conceito trazido pela

¹⁹⁰ Também criticando a forma com que os bens jurídicos são ampliados abruptamente no “Estado de prevenção” para que sejam protegidos pelo Direito penal, GOMES; BIANCHINI (op. cit. p. 81) assim expõem: “se no Direito penal tradicional os substratos dos bens jurídicos eram produzidos fundamentalmente pela sociedade civil (eram pré-constituídos), agora alguns assinalam (com grande dose de razão) que os bens jurídicos são majoritariamente 'criados ou forjados' pelo próprio Estado intervencionista (em seu benefício próprio ou em benefício de quem detém o poder) e concernem às suas funções e estruturas, aos seus interesses e estratégias”.

¹⁹¹ Esse questionamento decorre de decisão proferida pelo TRF da 4ª Região que descaracterizou o delito previsto no artigo 55 da Lei 9605/98 em situação que teve como sujeito ativo o Município que, independentemente de autorização, concessão ou licença, extraiu mineral de emprego imediato na construção civil para uso em obras públicas por ele executadas, considerando atípico o fato (Rel. Paulo Afonso Brum Vaz. RT 827/717). Ora, trata-se neste caso da existência de conflito entre interesses públicos, devendo, todavia, prevalecer o interesse pela proteção do meio ambiente que ultrapassa o âmbito local, sendo de interesse global que pode ser danificado irreversivelmente por atos tantos de particulares quanto de entes públicos, motivo pelo qual todos devem ser responsabilizados indistintamente.

¹⁹² GOMES; BIANCHINI, op. cit. p. 101.

Constituição Federal no artigo 225, exigindo-se então a proteção no âmbito penal e daí o porque do termo inexistência.¹⁹³

Partindo do questionamento do tipo de resposta dada pelo Estado social ao problema ambiental, a qual baseou-se fundamentalmente em novas legislações¹⁹⁴ indo de encontro aos princípios basilares do Direito Penal em razão da pressão da complexidade dos acontecimentos e da urgência da questão ambiental, importante se faz a demonstração do posicionamento profundamente crítico de GOMES e BIANCHINI com relação à ampliação dos bens jurídicos tutelados e sua relação com os princípios clássicos do Direito Penal:

Na base atual do Direito penal, conseqüentemente, além de uma crise evidente, parece residir uma irrefutável contradição: por um lado, justamente porque se pretende que ele cumpra um papel (missão) de tutela de bens jurídicos para a manutenção da paz social, foi gradualmente transformando-se em um instrumento de prevenção político-social; por outro, quanto mais se incrementa essa função, mais a sociedade se dá conta da falta de operatividade do sistema e da ausência de uma verdadeira tutela de bens jurídicos. Com isso, o que resulta de concreto é uma função puramente *simbólica*¹⁹⁵ de proteção, que se caracteriza então não só pela flexibilização dos princípios jurídicos e das garantias, senão especialmente pela antecipação da intervenção penal¹⁹⁶.

¹⁹³ Coadunando-se com essa afirmação, STADLER (op. cit. p. 44) assim aduz: “Na condição de país que detém a maior floresta tropical do mundo e uma incomparável biodiversidade na flora e na fauna, o Brasil sofre grande pressão internacional para que desenvolva atividades compatíveis com a conservação do meio ambiente. Nações industrializadas, que já esgotaram suas fontes naturais de riquezas, apostam agora nos países subdesenvolvidos com o intuito de garantirem as mínimas condições de sobrevivência no futuro. Questão polêmica que esbarra na própria soberania nacional, aos brasileiros resta a missão do reconhecimento de que conservar os recursos naturais é a garantia de um Brasil indispensável ao cenário internacional”.

¹⁹⁴ Márcia Elayne Berbich de Moraes (op. cit. p. 38) utiliza-se da expressão “inflação legislativa” para demonstrar este fenômeno.

¹⁹⁵ Indo ao encontro desse posicionamento, também abordando a função simbólica que estaria cumprindo o Direito Penal, Márcia Elayne Berbich de Moraes (idem. p. 74) expõe que “apesar de constitucionalizada, a proteção ambiental pela esfera penal aparenta ser nada mais do que uma função simbólica ou promocional do Direito Penal (tranqüilizadora da opinião e meio de promoção política). Esse tipo de legislação é desnecessária, pois deveria ser somada ao implemento de políticas públicas ambientais efetivas, as quais também são descritas no art. 225 da Constituição”.

¹⁹⁶ GOMES; BIANCHINI, op. cit. p. 109.

O Direito Penal da forma como foi concebido e desenvolvido ao longo dos anos não está preparado para a tutela dos riscos advindos da sociedade globalizada, da “sociedade de risco” de BECK¹⁹⁷. Impende, segundo FIGUEIREDO DIAS, pois, “que abandone a função minimalista da tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária (...) a abandonar e substituir princípios até aqui tão essenciais como os da individualização da responsabilidade penal”¹⁹⁸.

A manutenção de sua fundamentação na função exclusivamente protetora de bens jurídicos e nos princípios da intervenção mínima e de *ultima ratio* tem se revelado profundamente reducionista e acarreta, segundo o mesmo autor “a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na **protecção de gerações futuras**; como, entre outros e principalmente, os temas dos atentados ao ambiente (...)”¹⁹⁹.

Seguindo o mesmo raciocínio, ao tratar de bens jurídicos fundamentais e proibições mínimas necessárias ao Direito Penal, FERRAJOLI também destaca a importância da criação de novos delitos, dando ênfase aos delitos ambientais, oportunizando dessa forma a tutela de bens inadequadamente tutelados:

Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los bienes penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Es posible, también, que en esta reelaboración quede de manifiesto la oportunidad, en aras de la tutela de bienes fundamentales, de una mayor penalización de comportamientos hoy no adecuadamente prohibidos ni castigados: por ejemplo (...) la creación de novos delitos ambientales²⁰⁰.

¹⁹⁷ Vide capítulo 4.1.1 que trata da expansão decorrente do surgimento da sociedade de risco.

¹⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal...** op. cit. p. 128.

¹⁹⁹ FIGUEIREDO DIAS, idem. p. 128.

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Teoría Del garantismo penal. Perfacto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés (trad.). Madrid: Trota, 2000. pp. 476-477. *Apud* MORAES, Márcia. op. cit. p. 74.

Dúvida existe no tocante à complexidade e constante modificação das condutas tidas como perigosas decorrentes da sociedade tecnológica, se não acarretaria a perda da determinabilidade dos delitos coletivos e, conseqüentemente, num desrespeito ao princípio da legalidade. Buscando uma resposta satisfatória, FIGUEIREDO DIAS²⁰¹ ensina que, assemelhando-se à estrutura dos delitos de perigo abstrato, esses novos bens protegidos exigem o respeito aos “parâmetros mínimos de determinabilidade do tipo de ilícito e a referência ao bem jurídico que em última instância se visa proteger” para que tenham aceita sua legitimidade²⁰². Contudo, ainda assim questiona se implicaria num abandono do paradigma penal atual²⁰³ e sua substituição por outro.

Na visão de GOMES e BIANCHINI “seu tradicional papel de instrumento repressivo é elevado à função de ensinamento dos valores básicos que mostram sua defesa conveniente, ou seja, a política criminal está na atualidade a serviço de outras políticas do estado de conteúdo econômico, ambiental, fiscal, etc”²⁰⁴.

O Direito Penal não pode tutelar estes novos e grandes riscos da sociedade atual, devendo sim reforçar seu âmbito clássico de tutela, exigindo-se para aqueles o auxílio de outros ramos do direito ou de meios não jurídicos de controle social pelo fato da melhora ética ou moralização dos cidadãos não ser tarefa do ramo criminal do direito. De outro extremo, preconiza-se a criação de um Direito Penal

²⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal...** op. cit. p. 141.

²⁰² Em sentido diametralmente oposto e tratando especificamente da Lei de crimes ambientais, Márcia Elayne Berbich de Moraes (op. cit. pp.165-166) aduz que “Tal órbita constitui problema quando a lei em vigor é dotada de expressões vagas que apontam péssima técnica legislativa ou, ainda, quando utiliza normas penais em branco para tentar abarcar o imenso complexo de violações ao meio ambiente, já que é impossível descrever todas as situações que causam dano ao mesmo”.

²⁰³ FIGUEIREDO DIAS considera que o paradigma penal das sociedades democráticas de nosso tempo consubstancia-se na “natureza unicamente preventiva das sanções penais e da função do direito penal de exclusiva *tutela subsidiária de bens jurídico-penais*”, tendo como origem o pensamento filosófico ocidental a partir do século XVII e no Iluminismo Penal. **Direito Penal...** op. cit. p. 127.

²⁰⁴ GOMES; BIANCHINI, op. cit. p. 98.

funcionalizado às exigências próprias da sociedade de risco, antecipando a tutela penal para estados prévios de lesão de interesses socialmente relevantes com o risco de perder a ligação com os destinatários das normas e a relação entre a conduta proibida e o bem jurídico tutelado.

Na visão de FIGUEIREDO DIAS, impõe-se a adoção de uma via intermediária que pretende implantar uma política criminal dual ou dualista, mantendo o “cerne” do direito penal relativamente aos princípios clássicos, proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, individualização da responsabilidade e imputação objetiva e subjetiva individuais, embora criando uma “periferia jurídico-penal” especificamente dirigida à proteção contra os novos riscos, flexibilizado ou transformando os princípios **“ainda formalmente pertencentes ao direito penal**, embora substancialmente aparentados com os princípios do direito sancionatório de carácter *administrativo*” assentes na “protecção antecipada de bens colectivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e por conseguinte, numa palavra, de 'menor intensidade garantística’”²⁰⁵,.

A isso, HASSEMER²⁰⁶ denomina “direito de intervenção” ou “direito administrativo sancionador” caracterizado pela não aplicação de pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo aquelas de privação da liberdade e, concomitantemente, pela diminuição de garantias, situando-se entre o Direito Penal, Direito Administrativo e o Direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil e Fiscal.

Com diferente nomenclatura embora tenha o mesmo escopo, SILVA SÁNCHEZ denomina “direito penal de duas velocidades”, que seria um meio-termo entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal Flexibilizado ou Direito Administrativo

²⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, **Direito Penal...** op. cit. p. 135.

²⁰⁶ HASSEMER, op. cit. pp. 96-97.

sancionador (direito de intervenção) visando responder a infrações especiais e proteger fundamentalmente direitos sociais e supra-individuais, permitindo a responsabilização das pessoas jurídicas, a caracterização de crimes de perigo e a flexibilização do princípio da legalidade com a adoção da norma penal em branco, tendo o inconveniente de que, por serem diferentes e incompatíveis, podem, a curto prazo, conduzir ao domínio de um sobre o outro.

Importante nos utilizarmos da conclusão aduzida por FIGUEIREDO DIAS para induzir a uma reflexão mais profunda sobre o tema que, no momento atual, ainda encontra-se sem respostas definidas, exigindo-se construções e ponderações por parte da doutrina, jurisprudência e, principalmente, dos poderes legislativos dos Estados que devem conscientizar-se da transposição de fronteiras já ocorrida e das demandas que a mesma ensejará à sociedade em geral para a manutenção de uma vida saudável tanto para as presentes como também para as futuras gerações:

A tutela dos grandes riscos e das gerações futuras passa pela assunção de um direito penal do comportamento em que são penalizadas e punidas puras relações da vida como tais. Não se trata com isto, porém, de uma alternativa ao direito penal do bem jurídico: ainda aqui a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos e só nesta medida se encontra legitimada.

No mesmo sentido, ainda em síntese conclusiva, HASSEMER:

Nas áreas sobre as quais se delinea a política do direito penal material e os instrumentos dos quais ela preponderantemente se serve são bastante esclarecedores. Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, econômica, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas – sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública: sobre elas aponta-se uma 'necessidade de providências'; nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas preferencialmente surgem na luz do dia os problemas de controle desta sociedade: são áreas 'modernas', e delas se encarrega o direito penal. Nestas áreas se espera a intervenção imediata do direito penal, não apenas

depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução 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. Os instrumentos de controle amplamente providos pelo direito penal são considerados adequados para emprego indiscriminado nestas áreas. Já não se trata mais de proteção de ultrapassados bens jurídicos individuais concretos, como a vida e a liberdade, mas dos modernos bens jurídicos universais, por mais vaga e superficial que seja a sua definição: saúde pública, regularidade do mercado de capitais ou credibilidade de nossa política externa.²⁰⁷

Impõe-se então observarmos, em síntese, que o problema da tutela preferencial dos bens coletivos não reside tanto na eleição desses bens para a atual configuração do Direito Penal, senão, sobretudo na adoção da tutela antecipada (a exemplo da proteção de delitos de perigo abstrato e infrações de mera desobediência) e na interpretação desses tipos penais. Tão relevante quanto admitir que este ramo do direito tem a missão de proteger bens jurídicos individuais ou supra-individuais é conceber que todos também devemos ser protegidos do próprio Direito penal que não deixa de ser uma forma de violência, devendo a sanção penal estar unicamente a serviço da pessoa humana pra protegê-la tanto dos ataques de outra pessoa como contra a intervenção estatal arbitrária.

²⁰⁷ HASSEMER, idem. p. 47.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Particularmente importante por permitir a criação de uma consciência universal sobre o tema e iniciar uma nova etapa na proteção jurídica do meio ambiente, em síntese conclusiva importante se faz mencionar a resolução final da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano:

(...) o homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. A longa e difícil evolução da raça humana no planeta levou-a a um estágio em que, com o rápido progresso da ciência e da tecnologia, conquistou o poder de transformar de inúmeras maneiras e em escalas sem precedentes o meio ambiente. Natural ou criado pelo homem, é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida²⁰⁸.

Pela ordem de exposição, finalmente apresentamos uma síntese das conclusões logradas no presente trabalho:

- 01) Embora a preocupação com o meio ambiente não seja recente, sua efetiva proteção de forma política, coletiva e mediata apenas se apresenta a partir de meados do século XX quando se percebe que os ecossistemas afetados pelo processo de industrialização e exploração dos recursos naturais decorrentes do desenvolvimento econômico do ser humano não seriam renováveis ou levariam milhões de anos para se recompor.
- 02) A Carta Constitucional de 1988 é pioneira ao trazer preceitos específicos de proteção ao meio ambiente em capítulo próprio que trata do tema além de

²⁰⁸ Vide capítulo 2.1 que trata do retrospecto histórico acerca da proteção ao meio ambiente por dispor mais detidamente acerca da referida Conferência.

dispor de forma explícita ou não sobre a matéria em outras partes de seu texto e, ao efetivar a dignidade da pessoa humana por meio da garantia da sadia qualidade de vida, e içar o meio ambiente à categoria de direito fundamental de terceira geração, impõe um complexo de direitos e deveres à coletividade em geral.

- 03) O meio ambiente protegido como bem jurídico faz nascer a expressão “bem ambiental”, diferenciando-se dos demais bens abarcados no ordenamento jurídico pelo fato de ter desfrute necessariamente comunitário e não ser possível o comprometimento de seu equilíbrio ecológico por se tratar de bem de interesse público e difuso que compõe uma individualidade própria, independentemente da titularidade das partes que o compõe, daí porque ser chamado por parte da doutrina como macrobem.
- 04) O bem ambiental abarca concomitantemente interesses públicos e difusos pelo fato de que sua tutela jurisdicional pode ser promovida tanto pelo Poder Público como pelo cidadão e, ainda, por gerar posição de vantagem e utilidade a todo gênero humano; todavia apresenta-se na forma de direito difuso em decorrência da previsão constitucional que o classifica como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, recebendo, por tal motivo, tratamento jurídico diferenciado pelo fato de ter como titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato e por ser impossível sua divisibilidade.
- 05) Passando-se à análise do Direito Penal e tomando por base seus princípios clássicos, alcançam-se quais as missões buscadas por este ramo do direito que se diferencia dos demais por sua capacidade de restringir a liberdade das pessoas, devendo-se, pois, ser utilizado com extrema cautela e somente

como “ultima ratio” do sistema jurídico, daí o porquê da ênfase dada ao princípio da intervenção mínima para ensejar o questionamento acerca de sua “relativização” decorrente da ampliação de seu âmbito protetivo exigida pelo surgimento de novos bens jurídicos que exigem amparo efetivo, dado que a proteção dos bens jurídicos apresenta-se como função ou missão precípua do Direito Penal.

- 06) A ampliação ou “expansão” do Direito Penal decorre das exigências trazidas pela sociedade global e seu desenvolvimento, pela nova configuração social a qual Ulrich Beck denomina como “sociedade de risco global” caracterizada pela tecnologia, massificação e globalização e que demonstra a existência de um novo corpo social, no qual a ação humana, muitas vezes não individualizada, revela-se suscetível de produzir riscos globais em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para que contribuiu, exigindo-se, como conseqüência, uma nova política criminal por sua imprecisão e rápida modificação, demandando respostas do Estado e também da própria sociedade. Esse “novo” Direito penal acolhe novos bens jurídicos e reduz as exigências para a reprovabilidade das condutas, tipificando-as para que sejam socialmente desvaloradas e não por caracterizarem-se como socialmente inadequadas, abrangendo comportamentos superficialmente inofensivos, mas cujos resultados apresentam-se por acumulação, o que conduz à funcionalização deste ramo do direito para fins de minimização de riscos e garantia de segurança subjetiva, desvirtuando sua formulação clássica.
- 07) O problema que surge a partir dessa nova formação social e da utilização do Direito Penal por sua maior coercibilidade diz respeito ao fato de que muitas

questões que poderiam ser resolvidas de forma satisfatória por outros ramos do direito a exemplo do Direito Civil ou do Direito Administrativo são incumbidas ao ramo criminal de forma imprudente e imediatista, o que se dá o nome de “administrativização do Direito Penal” e que se apresenta muito claramente pela análise mais atenta da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9605/1998), dentre outros motivos como a desproporcionalidade das medidas, principalmente pela grande quantidade de normas penais em branco nela inseridas a serem preenchidas pela Administração Pública conforme seu entendimento mais conveniente.

- 08) Da grande utilização das normas penais em branco nos crimes ambientais, infere-se que a utilização de inúmeros elementos normativos do tipo gera dúvidas acerca da existência de efetiva proteção do bem jurídico meio ambiente ou da proteção do poder administrativo, pois as expressões “sem licença”, “sem autorização”, “sem permissão”, “em desacordo com a determinação legal obtida” e outras de mesma espécie demonstram que uma análise mais detalhada do tema conduz à conclusão de que quem define o que é ou não crime na esfera ambiental é a Administração Pública. Busca-se a proteção do Poder Administrativo do Estado que nos dias atuais sofre um grave processo de “sucateamento” e desprestígio, fazendo com que passe suas formulações legislativas a outros ramos do direito para que sejam efetivamente obedecidas, sob pena do surgimento de uma forma desvirtuada do ramo penal, qual seja o “direito administrativo penal”.
- 09) Por derradeiro, buscou-se chegar a uma resposta satisfatória acerca da pergunta inicialmente formulada sobre a ocorrência ou não de relativização dos princípios fundantes do Direito Penal decorrente da necessidade de

proteção de novos bens até então inexistentes ou não classificados como tal a exemplo dos bens coletivos ou difusos. Diferentemente do posicionamento apresentado por Jesús-María Silva Sánchez que desenvolve a teoria do “direito penal de duas velocidades” dizendo que o ramo tradicionalmente formulado seria mantido mas impor-se-ia o desenvolvimento de um direito penal flexibilizado para responder às novas exigências, pensamos que melhor se apresenta a opção de ampliação desse ramo jurídico, abarcando os bens até então inexistentes, contudo mantendo seus princípios e bases teóricas fundamentais e sendo utilizado somente quando imprescindível, tendo em conta a agressividade da sanção penal que deve estar unicamente a serviço da pessoa humana pra protegê-la tanto dos ataques de outra pessoa como contra a intervenção estatal arbitrária, somente dessa forma garantindo os direitos fundamentais do homem e o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho bem como as conclusões acima arroladas têm por escopo fornecer, modestamente, as bases imprescindíveis para a análise do tema, buscando alcançar o desenvolvimento científico dessa realidade jurídica autônoma e multilateral que é o “bem ambiental” e a necessidade de sua proteção por ramos diversos do direito, inclusive pelo Direito Penal ainda que de forma distinta do que ocorre nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo Global**. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Crimes contra o meio ambiente**. Livro de teses do 12º Congresso Nacional do Ministério Público, Fortaleza, Ceará, maio 1998.

_____. (Coordenador). **Dano Ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 1. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: publicada no Diário Oficial da União n. 191-A, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei de Crimes Ambientais** n. 9605/1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União de 13 de fevereiro de 1998 e retificada em 17 de fevereiro de 1998.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. vol. 1: parte geral. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DOTTI, René Ariel. **A proteção penal do meio ambiente**. Tese apresentada ao 1º Simpósio Nacional de Ecologia. Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 1978.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Meio Ambiente Sadio: direito fundamental em crise**. Curitiba: Juruá, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal** - parte geral, tomo I: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **MP Notícias**: Informativo do Ministério Público do Estado do Paraná. Ano 5. n. 1. jan./fev. 2006. p. 4.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREITAS, Gilberto Passos de.; FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza**. 6.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Direito Penal Ambiental. *In*: PHILLIP JR, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (editores). **Curso interdisciplinar de direito ambiental**. Barueri, Sp. Manole, 2005.

_____. **Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Magda Lopes (trad.). São Paulo: Unesp, 1997.

GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRAF, Ana Cláudia Bento. **Biodiversidade**: possibilidade e limites de sua proteção jurídica. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

GREGORI, Georgio; COSTA JR, Paulo José da. **Direito Penal Ecológico**. São Paulo: CETESB, 1981.

HASSEMER, Winfried. **Três Temas de Direito Penal**. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. vol 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BELLO FILHO, Ney de Barros (organizadores). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri, SP: Manole, 2004.

_____; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Olhar Distanciado**. Lisboa: Edições 70, 1983.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei n. 9605/98)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva M. de.; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente e Cidadania**: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: Madras, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito Penal do Ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Elementos de Direito Penal**. vol 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. **Sociedad del riesgo y derecho penal**. In: DALBORA, José Luis Guzmán (cordenador). **El penalista liberal**: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. **A lei hedionda dos crimes ambientais**. Folha de São Paulo, 06.04.1998.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito**: lições de direito do ambiente. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Luiz Otávio de Oliveira Rocha (trad.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2003.

STADLER, Edson. **Direito penal ambiental & a responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003.

TOLEDO, Francisco de Asis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. Sao Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La Globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *In*: PIERANGELI, José Henrique (coord.). **Coleção Jus Eternum. Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.