

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

ALESSANDRA R. MASCARENHAS PRADO

Mestre e Doutora em Direito, PUC/SP. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, Professora de Direito Penal da Faculdade Ruy Barbosa.

Resumo: O artigo objetiva discutir as repercussões da nova ordem constitucional sobre o direito penal, considerando, principalmente, o conteúdo material e axiológico que aquela apresenta como vinculante. Destaca-se a inovação do reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio como fundamental, e, por consequência a discussão sobre a expansão do direito penal como necessidade de sua adequação ao novo catálogo de bens derivado da Constituição.

Palavras-chave: Crime Ambiental – Neoconstitucionalismo – Bem Jurídico – Meio Ambiente.

Resumen: El artículo tiene por objetivo discutir las repercusiones del nuevo orden constitucional del Derecho penal, considerando, sobre todo, el contenido material y axiológico que éste presenta como vinculante. Se destaca la innovación del reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como un derecho fundamental, y, por consiguiente, la discusión respecto de la expansión del Derecho penal como una necesidad de su adecuación al nuevo catálogo de bienes derivados de la Constitución.

Palabras-clave: Delito Ambiental – Neoconstitucionalismo – Bien Jurídico – Medio Ambiente.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A nova ordem constitucional; 3 A construção de uma ordem pública ecológica; 3.1 As Constituições brasileiras e a proteção do meio ambiente; 4 A constitucionalização do Direito Penal e a necessidade de expansão para tutelar o meio ambiente; 4.1 Princípios fundamentais constitucionais e Direito Penal; 4.2 A tutela do meio ambiente necessidade de expansão do Direito Penal; 5 Considerações finais.

I INTRODUÇÃO

A ascensão do interesse ao meio ambiente sadio à condição de direito fundamental e os fatores que o tornam merecedor de proteção penal estão intimamente relacionados às transformações ocorridas na sociedade, que, por sua vez, se refletiram sobre a concepção de Estado, desencadeando o repensar dos valores jurídicos; e a conformação dos textos constitucionais, que, a partir da segunda metade do século XX, passaram a ser dotados de supremacia e de força normativa, e considerados como centro do sistema jurídico, enquanto fonte não apenas formal, mas também material e axiológica do Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 torna-se o marco do denominado neoconstitucionalismo, fenômeno humano e histórico, iniciado pela Constituição alemã de 1949, que se revela por meio do reconhecimento de que as normas constitucionais, além de tratarem da estrutura e organização do Estado, também devem conter princípios e prever direitos fundamentais – individuais, sociais ou transindividuais e respectivas garantias, constituindo-se em fonte principal do ordenamento jurídico, influenciando e vinculando, sob o ponto de vista formal e material, todos os atores sociais nas mais variadas áreas do direito.¹

O presente texto, então, visa discutir as repercussões da nova ordem constitucional sobre o direito penal, considerando, principalmente, o conteúdo material e axiológico que aquela apresenta como vinculante. Por isso, destaca-se a inovação do reconhecimento do direito ao meio

ambiente sadio como fundamental, e, por conseqüência a discussão sobre a expansão do direito penal como necessidade de sua adequação ao novo catálogo de bens derivado da Constituição.

2 A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Para os ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico, a metade do século XX é considerada marco histórico da mudança que se traduz na atribuição de força normativa à Constituição e, conseqüentemente, em uma nova forma de buscar o sentido das normas jurídicas, isto é, da interpretação conforme a Constituição.

Verifica-se uma guinada dos textos constitucionais dos mais variados Estados, que se legitimam e têm como alicerces princípios como o da dignidade humana e o reconhecimento de direitos fundamentais², desde aqueles tradicionais (vida, liberdade, propriedade, p. ex.) aos mais novos (educação, saúde, qualidade do meio ambiente, p. ex.), com o acréscimo de que devem condicionar a validade e o sentido de todas as normas infra-constitucionais³.

Em outras palavras, a criação, a aplicação e a interpretação da legislação devem perseguir a realização de valores escolhidos pelos indivíduos, pela sociedade, em determinado momento histórico, no centro dos quais se encontra o valor da pessoa humana⁴. Os dispositivos constitucionais

referentes aos direitos fundamentais têm por base o princípio da dignidade humana e, desta forma, refletem o respeito pelo ser humano, e, simultaneamente, reconhecem e garantem um conjunto de bens ou valores importantes, essenciais à sociedade, que legitimam e dão sentido ao direito positivado⁵.

O Título I, artigo 1º, da Constituição brasileira de 1988, eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado Democrático de Direito. Decorre daí que a estrutura e ação do poder político e a organização da vida econômica, cultural e social está subordinada ao respeito e desenvolvimento da pessoa humana.

Esse deve ser considerado o fio condutor de nosso sistema normativo. Assim, o legislador, o administrador, o julgador, bem como todos os demais agentes da sociedade civil devem observar o quadro de valores constitucionalmente positivado, de modo a buscar implementá-lo. É essa uma característica do denominado neoconstitucionalismo, muito bem representado nos dizeres de Luiz Regis Prado:

“A constituição assegura uma unidade material de sentido ao ordenamento jurídico – unidade normativa-material – sobre a base de uma ordem de valores. Aliás, a especificidade constitucional reside exatamente no fato de ser uma norma portadora de determinados valores materiais, que lhe dão sentido próprio e presidem sua interpretação e aplicação.

Assim, a nenhuma norma infraconstitucional é facultado ignorar esse quadro axiológico e todas devem ser examinadas objetivando tornar possível sua real concreção.”⁶

Esse quadro é composto por valores nos quais o ser humano reconhece a si mesmo; através dos quais os povos trabalham a construção do próprio futuro. São princípios que recebem na Constituição uma condição formalmente superior⁷ e que deverão nortear todo o sistema jurídico, constituindo-se, portanto, em princípios ordenadores positivamente vinculantes⁸.

Destaca-se o princípio do Estado Democrático de Direito, que para melhor compreensão deve ser analisado a partir de cada uma de suas partes: o princípio do Estado de Direito, o princípio do Estado Social e o princípio do Estado Democrático.

O princípio do Estado de Direito surge como garantia ao indivíduo, reconhecendo formalmente direitos e implicando imposição legal de limites ao Estado.

Em uma definição ampliada, característica do neoconstitucionalismo, conforme Canotilho⁹, são pressupostos materiais subjacentes ao princípio do Estado de Direito:

“a) a juridicidade – significando que o “princípio do Estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal [...], que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do Estado. Ao ‘decidir-se’ por um Estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*.” Explicando que neste contexto o *direito* é compreendido “como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para

cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *medidas ou regras*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*. Articulando medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, *medida material e formal* da vida colectiva.”

b) a constitucionalidade – entendendo que o Estado “pressupõe a existência de uma constituição que sirva – valendo e vigorando – de *ordem jurídico-normativa fundamental* vinculativa de todos os poderes públicos. [...] Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nessa supremacia normativa da lei constitucional que o ‘*primado do direito*’ do Estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.”¹⁰

c) e os direitos fundamentais – que revelam “a indispensabilidade de uma *base antropológica* constitucionalmente estruturante do Estado de direito [...] que [...] se reconduz ao homem como *pessoa*, como *cidadão*, como *trabalhador* e como *administrado*”¹¹.

O princípio do Estado Social vincula-se ao fato de o Estado passar a intervir mais ativamente nas relações sociais; novos valores são reconhecidos constitucionalmente, partindo de uma perspectiva social do ser humano, o que acaba por interferir em todo ordenamento jurídico.

Esta feição intervencionista do Estado decorre, inicialmente, da crise por que passa o liberalismo econômico, quando a Revolução Industrial entra em nova fase, excluindo a pequena burguesia da especulação financeira, com o fortalecimento de banqueiros e grandes industriais, operando-se a migração em massa de trabalhadores para as grandes cidades, os

quais passam a ser submetidos a abusos.¹²

Portanto, torna-se necessária a intervenção do Estado para distribuir melhor a riqueza, planejando o desenvolvimento industrial e o econômico, visando ao bem comum e ao fortalecimento da nação.

Em seguida, a problemática ambiental ganha destaque, e os Estados são chamados a intervir, dessa vez, para garantir o equilíbrio ecológico, em respeito às presentes e futuras gerações, apontando para a “necessidade de uma outra ordem de valores e a construção de uma ordem pública ecológica, nos dizeres de Solange Teles da Silva¹³. Surge, então, a idéia de desenvolvimento sustentável, que segundo a referida autora “Trata-se de garantir a transmissão da capacidade produtiva de uma geração à outra geração, permitindo a satisfação das necessidades essenciais e a preservação dos recursos naturais, assegurando, portanto, que o desenvolvimento leve em consideração além da dimensão econômica, a coesão social e a capacidade de reprodução do meio ambiente.”¹⁴

Tal transformação da perspectiva de ação do Estado refletiu-se consequentemente na esfera jurídica, quando o direito passou a se desenvolver no sentido da regulamentação das matérias econômica, trabalhista, educacional e, mais tarde, ambiental, entre outras. Desta forma, as Constituições passaram a conter capítulos referentes à ordem econômica e social.¹⁵

Porém, a segurança e a certeza da lei não implicam, por si só, um Estado justo e atento às necessidades sociais. Instituído o Estado de Direito numa acepção formal, não está garantido que o exercício do poder respeite os direitos individuais, assumindo, por vezes, a feição de regime totalitário. Essa concepção formal, portanto, poderia levar ao paradoxo de um Estado de Direito ditatorial. Assim, também, o Estado Social, por si só, não é garantia de respeito aos direitos fundamentais.

Ao conceito de Estado de Direito há de agregar-se a expressão

democrático, pelo que encerra de conteúdo material: a defesa dos interesses coletivos e difusos e o objetivo de justiça social, fundada na dignidade da pessoa humana, se ainda se pretende um direito justo, ou seja, aquele que reflita os anseios da maioria dos cidadãos, que seja instrumento da liberdade e igualdade reais.

3 A CONSTRUÇÃO DE UMA ORDEM PÚBLICA ECOLÓGICA

A necessidade de proteção do meio ambiente, relacionada à sobrevivência da espécie, é um fenômeno da Idade Contemporânea, conforme aponta José de Ávila A. Coimbra, que aduz, “a degradação ambiental a que chegamos despertou o gênero humano, atirando-o contra a espantosa realidade de uma Terra limitada deteriorada pelas várias sociedades que a povoam e exploram.”¹⁶

Nesse processo de conscientização da relevância do meio ambiente, destaca-se o fato de se atribuir ao mesmo substantividade própria, ou seja, a conservação e a manutenção desse bem se justificam por si só, pois essencial ao ser humano e ao provimento das suas necessidades existenciais, não se confundindo com outros bens, a exemplo da vida e do patrimônio.

O meio ambiente, então, deixa de ser visto apenas secundariamente, enquanto bem econômico ou patrimonial, ganhando um valor próprio, sendo reconhecido como autônomo – valioso em si mesmo; e de caráter difuso – respeitante a toda a sociedade, a todos os seres humanos, de potencial e abrangente conflituosidade.

Bobbio¹⁷, por exemplo, afirma que o mais importante dos direitos difusos – categoria ainda heterogênea e vaga – é o direito de viver num ambiente não poluído.

É no século XX, no final da década de 60, começo de 70, que o meio ambiente passa a merecer atenção maior. Em 1972, de 5 a 16 de junho, acontece a *Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano*, promovida em Estocolmo, que declara no princípio 17 que “deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar,

administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”¹⁸.

Edis Milaré relata que após tal evento, “como que para compensar o tempo perdido, ou talvez por ter a ecologia se tornado o tema do momento, passaram a proliferar, em todos os níveis de poder público e da hierarquia normativa, copiosos diplomas legais voltados à proteção do desfalcado patrimônio natural.”¹⁹

Nessa esteira, surge, em 1974, a Sociedade Francesa pelo Direito do Meio Ambiente, presidida por Michael Prieur.

Repetidos eventos aconteceram para se repensar a utilização do meio ambiente, a prevenção de atividades degradantes, como o *Fórum de Siena sobre Direito Internacional ao meio ambiente*, 1990; a *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, 1992, que resultou em uma Declaração, a Agenda 21, cujo conteúdo fornece, de modo genérico, parâmetros para se alcançar o desenvolvimento sustentável da biosfera.

Em 2000, a ONU declara no Projeto de Desenvolvimento do Milênio o objetivo, entre outros sete, de assegurar a sustentabilidade ambiental, indicando para os Estados integrarem os princípios do desenvolvimento sustentável às suas políticas públicas e reverterem a perda dos recursos naturais²⁰.

No tocante às Constituições, observa-se que é a partir da década de oitenta, que estas passam a reconhecer e a tutelar interesses difusos ou direitos de terceira geração, e entre esses bens mercedores de proteção está o meio ambiente. Com a incorporação explícita desse valor e da previsão de opções políticas para efetivação de sua proteção nos textos constitucionais, revelam-se características do neoconstitucionalismo²¹, vinculando os Três Poderes, bem como a sociedade civil à força normativa material

desses preceitos e tornando seus atos objetos de interpretação conforme a Constituição no particular ao direito ao meio ambiente equilibrado.

3.1 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A *Constituição do Império*, de 1824, foi promulgada sob a influência dos ideais iluministas, protegendo direitos individuais, como a liberdade, a segurança individual e a propriedade, além de direitos políticos (Capítulo, III, Título VIII); logo, não se podia esperar que desde então o meio ambiente fosse um bem constitucionalmente reconhecido, apesar das agressões que os colonizadores causaram e que continuaram a serem praticadas devido às exportações de matérias-primas.

A *Constituição da República* de 1891, também de índole liberal, protege especialmente o direito à liberdade, segurança individual e à propriedade, e os direitos políticos, não fazendo referência ao meio ambiente – exceto para determinar que o Congresso Nacional tem competência para legislar sobre terras e minas de propriedade da União.

Em 16 de julho de 1934 é promulgada nova *Constituição*, refletindo os anseios por um Estado mais participativo, intervencionista, que sob a influência da Constituição Alemã de Weimar (1919), trouxe inovações, como o título dedicado à ordem econômica e social (Título IV) e outro sobre a família, a educação e a cultura (Título V), além de acrescentar aos direitos fundamentais o direito à subsistência (art. 113, *caput*) e estipular que a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição “não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota” (art. 114). É o início do reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais de 2ª geração, entendidos como tais os direitos coletivos, a exemplo do direito ao trabalho, à educação, etc.

Aparece menção a alguns elementos do meio ambiente, como riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, em relação à competência para legislar (art. 5, XIX); belezas naturais e monumentos de valor histórico ou artístico, enquanto objetos de proteção de competência concorrente da União e dos Estados (art. 10, acrescentando que podem impedir a evasão de obras de arte); os lagos e quaisquer correntes em terrenos do domínio da União, as ilhas fluviais e lacustres, enquanto bens, ou seja, de domínio da União (art. 20, II e III) e,

por exclusão, de domínio dos Estados (art. 21, I e II); minas e riquezas do subsolo, quedas d'águas, jazidas minerais, energia hidráulica, no tocante à exploração e ao aproveitamento desses bens (arts. 118 e 119, *caput* e §2º), mas, ainda numa visão de bem público, de valor econômico.

Fruto de regime não democrático, em 10.11.37 é editada nova *Constituição*, repetindo as previsões citadas na Constituição anterior, referentes a alguns elementos do meio ambiente (arts. 16, XIV; 36, *b, c*; 18, *a*; 143, *caput*, §2º). Traz pequenas novidades em relação ao meio ambiente, acrescentando entre as matérias de competência legislativa da União os metais preciosos (art. 16, IX) e, dos Estados, medidas de polícia para a proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos (art. 18, *e*); entre os bens de domínio dos Estados, os rios e lagos navegáveis (art. 37, *b*). A mais importante delas, porém, é o que estabelece o artigo 134, *in fine*, que os atentados cometidos contra “os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza [...] serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.”

Na *Constituição de 1946*, apesar do agravamento da questão social e da assunção de novas atribuições pelo Estado, o meio ambiente continuou sem receber atenção maior, tratando-se dos mesmos temas das Constituições anteriores (art. 5º, VI, XV, *l*; 34, I; 152; 153, §§2º e 3º; 175).

Em 1967, após o advento do regime militar, promulga-se a *Constituição do Brasil*, onde a matéria relativa ao meio ambiente, apesar de ter sido relativamente ampliada, ainda não foi tratada sob um enfoque da proteção do bem em si, mas indiretamente, como nas anteriores (arts. 4º, II e III; 5º; 8º, XVII, *h, i, j*; 161, §1º e 4º). O artigo 172, parágrafo único, lembrando o artigo 134, da Constituição de 1937, confere ao Poder Público o dever de proteção especial de obras e locais de valor histórico ou artístico, monumentos e paisagens naturais notáveis e jazidas arqueológicas.

Em 1969, a *Emenda Constitucional n. 1* altera a Constituição de 1967 (passando a denominá-la Constituição da República Federativa do Brasil), fortalecendo o regime militar e impondo, entre outras coisas, recesso ao Congresso Nacional. No tocante ao meio ambiente, mantém as disposições anteriores (arts. 4º; 8º, XVII; 168, *caput*, §§1º e 4º e 180).

Até aqui nenhuma das Constituições havia previsto a tutela do meio ambiente, enquanto bem jurídico fundamental, numa concepção global, que visasse sua conservação, pois ou se adotou uma feição apenas liberal para o Estado, protegendo valores individuais, ou se adotou uma feição

também social, que se referia ao meio ambiente indiretamente, através dos recursos naturais ou do patrimônio histórico e artístico, considerando-os enquanto bem de domínio público, como fez, por exemplo, a Constituição de 1934 com relação aos lagos, ilhas fluviais e lacustres.

Contudo, diante da evidência da necessidade de proteção ao meio ambiente enquanto bem autônomo, e seguindo as recomendações das Conferências e Convenções internacionais e nacionais, a legislação ordinária foi sendo produzida em textos esparsos, dispendo sobre crimes, contravenções e cominando as respectivas penas.

Em 1988, surge um novo marco na história constitucional do País, que rompendo com o regime militar, ditatorial, restaura o regime democrático: é promulgada a *Constituição da República Federativa do Brasil*. O Estado, então, compromete-se a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]” (Preâmbulo da CF/88).

E neste sentido, a Carta, dentre as significativas inovações em defesa de interesses individuais, públicos, coletivos e difusos, prevê um capítulo específico relativo ao meio ambiente (Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VI – Do Meio Ambiente), elevando-o a “bem de uso comum do povo”, a direito fundamental²², oferecendo uma abordagem direta, mais abrangente e preventiva e indicando também, ao legislador, além de outras coisas, a necessidade de proteção penal do referido bem (art. 225, §3º).

A partir de então surge outro momento de produção legislativa que se refere também ao âmbito penal, o qual culmina com a promulgação da Lei n. 9.605/98 que dispõe sobre crimes infrações administrativas praticadas contra o meio ambiente.

A Constituição aponta para uma definição ampla de meio ambiente, o que pode ser extraído da análise de alguns de seus artigos, que se utilizam das seguintes expressões, quando se referem à proteção deste bem: “meio ambiente (...) essencial à qualidade de vida” (art. 225, *caput*); “processos ecológicos essenciais (...) espécies e ecossistemas” (art. 225, §1º, I); “patrimônio genético” (art. 225, §1º, II); “espaços territoriais e

seus componentes” (art. 225, §1º, III); “a fauna e a flora” (art. 225, §1º, VII); “recursos minerais” (art. 225, §2º); “ecossistemas naturais” (art. 225, §5º); “as florestas, a fauna e a flora” (art. 23, VII); “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição” (art. 24, VI); “a política de desenvolvimento urbano, (...) tem por objetivo (...) garantir o bem estar de seus habitantes” (art. 182); “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente (...) aos seguintes requisitos: II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente” (art. 186); “proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho” (art. 200, VIII); “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial (...), nos quais se incluem: V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico” (art. 216).

Luiz Regis Prado, nessa linha de pensamento, entende que a Constituição ao se referir ao meio ambiente esboça a acepção ampla do termo, “o que não quer dizer totalizadora ou globalista. Tal noção inclui, além dos recursos naturais existentes na biosfera (ar, água, solo, fauna e flora), a relação do homem com esses elementos, visando lhe permitir condições de vida satisfatória. Isto significa o perfilhamento a um conceito de sentido instrumental e de matiz moderadamente antropocêntrico.”²³

De toda forma, como enfatiza Herman Benjamin, a constitucionalização do meio ambiente afasta “a visão tradicional de que o meio ambiente, como realidade incorpórea, não é um bem e, por isso mesmo, não pode ser objeto de proteção jurídica.”²⁴

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A NECESSIDADE DE EXPANSÃO PARA TUTELAR O MEIO AMBIENTE

A mais grave intervenção estatal na esfera da liberdade humana, que se dá através do poder punitivo, tem oscilado, ao longo da história, entre o arbítrio e a segurança jurídica, conforme o tipo de Estado, a ideologia e a

política predominante em cada momento histórico.²⁵

Então, o direito penal, enquanto meio de controle social, conjunto de normas elaboradas e aplicadas pelo Estado, é produto de determinado sistema social, econômico e político, que se faz espelhar nos princípios fundamentais constitucionais, os quais se revelam nos princípios de direito penal constitucional ou nos valores constitucionais influentes em matéria penal.

Palazzo ressalta que existe uma prevalência de influência, respectivamente, do princípio do Estado de Direito sobre os princípios de direito penal constitucional, e do princípio do Estado Social sobre os demais. “E, inequivocamente, faz-se cristalina a prevalente matriz liberal-garantidora de princípios como os da legalidade ou culpabilidade, tanto quanto é evidente que o *Sozialstaatsprinzip* faz sentir os seus efeitos sobretudo quanto ao conteúdo do direito penal.”²⁶

Para identificar, portanto, o interesse ao meio ambiente sadio como direito fundamental, merecedor de tutela penal, e, nesse sentido, justificar a expansão do direito penal, necessária se faz a análise dos princípios do Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático, que interferem no Direito Penal, delineando seus contornos, sua amplitude, seu raio de incidência.

4.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E DIREITO PENAL

Os valores emanados da Constituição, na sua interação com o direito penal, desdobram-se em subprincípios, os quais são classificados por Palazzo como:

a) *princípios de direito penal constitucional*, que “apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade etc.) e, sem dúvida, delineiam a ‘feição constitucional’ de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais

princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal”²⁷;

b) *princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal*, que “se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam, freqüentemente, os grandes rumos disciplinadores. Embora sejam princípios de condição obviamente constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característicos do direito penal; impõem-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier - não raro de forma necessária - na respectiva matéria. O fenômeno de sua influência no direito penal moderno pressupõe o caráter ‘sancionatório’, em certo sentido, do direito penal em si, enquanto - diferentemente dos princípios de direito penal constitucional - condicionam, com prevalência, o *conteúdo*, a *matéria penalmente disciplinada*, e não a *forma penal* de tutela, o *modo de disciplina penalística*.”²⁸

Os primeiros princípios indicam como se deve dar a proteção de determinado bem (no caso, o ambiente), através das normas penais. O segundo aspecto dos valores constitucionais, também de grande importância, determina o conteúdo da proteção penal, ou seja, influencia ou vincula o legislador, por exemplo, indicando quais os bens a serem protegidos.

No tocante ao direito penal, o princípio do Estado de Direito reflete a almejada segurança jurídica, para garantia do indivíduo em face do poder de punir do Estado, limitando-o. Com efeito, verifica-se tal influência através da exigência de previsão legal do crime (mais tarde, acrescenta-se a regra da irretroatividade da lei), da individualização da pena, da determinação do tipo e da pena (que não deve ser cruel), entre outros princípios que foram extraídos ao longo da história, principalmente pela influência da feição democrática do Estado.

O princípio da legalidade é o mais típico corolário do Estado de Direito. Em sentido formal, estabelece que o crime só pode ser previsto em lei,

ou seja, só o legislador pode criá-lo (*princípio da reserva legal*²⁹).

O princípio da reserva legal, no direito positivo brasileiro, adquire caráter de extremo rigor na esfera penal, onde se converte em princípio básico e inafastável, em oposição ao que se entende por reserva legal no âmbito do direito privado. A Constituição brasileira expressa que só o legislador ordinário tem competência para criar tipos penais (arts. 5, XXXIX e 22, da CF) e o Código Penal brasileiro, em seu artigo 1º, prescreve: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

O termo lei designa norma estatuída pelo órgão competente nos termos constitucionalmente previstos para o procedimento legislativo (lei formal), ou conteúdo ou matéria de uma disposição geral que reconhece direitos e obrigações (lei material).

Desta forma, em matéria penal, o princípio da reserva legal é utilizado no seu sentido mais restrito, ou seja, ao se referir à exigência de lei, está significando que crimes e penas somente poderão ser fixados pelo Poder Legislativo, através do devido processo, ou seja, através de lei em sentido material e, inclusive, formal. Tendo em vista que a lei penal é última instância de controle social e, conseqüentemente, restringe direitos e liberdade dos indivíduos, necessita de todo controle na sua elaboração.

Materialmente, o princípio do Estado de Direito indica que o sistema penal deve respeitar os direitos fundamentais, e é dele que decorrem os princípios de direito penal constitucional – expressos ou implícitos no Texto – os quais limitam o âmbito de criação do legislador, colocando-se como ponto de partida para uma possível descriminalização ou criminalização das condutas, delineando a estrutura do sistema penal e servindo, em relação ao bem jurídico, de critérios crítico-limitadores (denominados *genéricos princípios político-constitucionais*³⁰), expostos a seguir.

Preceitua o princípio da intervenção mínima que o direito penal só deve intervir como *ultima ratio*, ou seja, quando não houver outra forma

de proteção eficaz ao bem jurídico, deve ser o último instrumento procurado.³¹ Assim, afirma-se a subsidiariedade do Direito Penal, que somente deve intervir quando determinados bens jurídicos são expostos à ofensa e os outros ramos do Direito não se revelam suficientes para sua tutela.

Nessa esteira, o princípio da fragmentariedade informa que o direito penal oferece uma proteção relativa aos bens jurídicos, pois a proteção integral resultaria na negação do exercício de outros direitos.

Há que se considerar ainda o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que representa diretriz para o legislador, indicando que a intervenção penal apenas se justifica quando necessária para a proteção de bens essenciais ao ser humano e à sociedade. O que engloba, conforme salienta Luiz Regis Prado, a “idéia de ofensividade ou lesividade, visto que esta última é conata ao delito que necessariamente há de pressupor uma lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico”³².

Destaca-se, também, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual o bem jurídico deve ser tutelado levando em conta a proporcionalidade entre o desvalor do ilícito sancionado e a pena, ou seja, entre a gravidade da ofensa ao bem jurídico tutelado e o merecimento da pena. Tal ponderação deve ser feita a partir da avaliação da necessidade, adequação e proporcionalidade – em sentido estrito – da pena. Yuri Carneiro defende, então, que “toda intervenção no âmbito das liberdades deve ser realizada, [...], levando-se em consideração a proibição do excesso, ou seja, as medidas excessivas devem ser evitadas e, se necessário, invalidadas, por não serem razoáveis, proporcionais”³³.

Tais princípios representam limites ao direito de punir do Estado³⁴, resultando no atendimento ora à criminalização, ora à descriminalização, ora à despenalização, à qualificação do fato como crime ou contravenção, proporção da pena, grau e quantidade de ofensa³⁵.

Palazzo explica que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à *secularização* do direito penal, secularização não identificada apenas com a vitória de certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, em consequência, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico.³⁶

O Estado de Direito, de cunho liberal, abstencionista, visa à proteção de valores individuais, como a liberdade e a propriedade, refletindo na escolha dos bens a serem protegidos pelo direito penal, que até hoje se faz sentir quando se verifica a gravidade das penas nos crimes contra o patrimônio.

Embora continuem a ser observados os valores relativos ao Estado liberal, com o advento do Estado Social, novas formas de intervenção do Direito Constitucional no Direito Penal passam a ocorrer, principalmente sobre a matéria a ser penalmente disciplinada.

A influência de tal princípio (do Estado social) sobre o direito penal se faz sentir por volta da metade do século passado. E entre outras consequências, verifica-se que à pena é atribuída a “incumbência de *luta contra o delito*, no sentido de luta contra a delinqüência como fenômeno real da existência social”³⁷; bem como a indicação da necessidade de proteção penal, ou pelo menos de um aprimoramento desta tutela em relação aos novos valores.

No tocante à matéria de que devem tratar os direitos, a concepção social do Estado vai além da visão individualista, para alcançar a proteção de valores coletivos, garantidores da igualdade, e de valores transindividuais – como o meio ambiente – que também dignificam o ser humano, indicando, por vezes, a necessidade de tutela penal.

Além disso, numa perspectiva do Estado Social, há que se atentar para o fato de que se este se realiza em função de um regime democrático, a importância social do bem deve ser considerada desde que este afete a vida dos indivíduos, de forma que o bem macrossocial seja tutelado em razão

dos indivíduos que compõem o corpo social.

Portanto, os princípios do Estado de Direito e do Estado Social fundamentam as indicações constitucionais no tocante ao conteúdo da lei penal, e as Constituições passam a exercer um papel que anteriormente pertencia primordialmente à política criminal, ou seja, passam a influenciar, ou mais, a vincular o legislador ordinário, não somente quanto aos aspectos formais e estruturais do sistema de tutela penal, mas também quanto à matéria objeto da precitada tutela.

Neste contexto é que se deve compreender a proteção penal do meio ambiente, bem de valor supraindividual, cuja proteção se faz, todavia, em razão de sua essencialidade no que diz respeito à existência humana.

Sendo assim, no âmbito do Estado Democrático, o meio ambiente deve ser um bem jurídico autônomo, protegido penalmente, na medida em que propicie a dignidade humana, ponderando seu valor com a necessidade de desenvolvimento econômico.

Diante da concepção democrática do Estado, tem-se entendido que o crime consiste na ofensa a um bem jurídico fundamental; que um bem ou valor é denominado jurídico quando considerado merecedor de tutela por determinado ordenamento jurídico, conforme os valores vigentes na sociedade, em determinado momento.

Acontece que, por um lado, nem todo bem jurídico necessita da tutela penal, e por outro lado, a efetivação desta tutela não deve resultar na limitação exacerbada de outros bens – principalmente a liberdade – sendo, por isso, imperioso restringir-se o alcance desta proteção.

Há que se questionar, portanto, como são eleitos os bens dignos da máxima tutela que um Estado pode oferecer.

Como resposta, alguns critérios são oferecidos, como os apresentados pela doutrina italiana através das teorias constitucionais do bem jurídico, que apontam como parâmetro para o legislador, na definição dos bens penalmente tuteláveis, a Constituição, “operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”³⁸.

No particular, coexistem duas correntes que divergem apenas quanto à forma de vinculação à norma constitucional³⁹:

a) as *teorias de caráter geral*, que estabelecem como critério de esco-

lha do bem jurídico a Constituição como um todo, seus princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, o Estado de Direito Social e Democrático, e seus corolários que informam o sistema penal, como a legalidade, por exemplo.

Conforme análise feita anteriormente, o princípio do Estado Social, traduzido em valores constitucionais, informa o conteúdo das leis penais, direcionando uma possível criminalização de algumas agressões a bens jurídicos, que se tornaram relevantes para a sociedade, como o meio ambiente, por exemplo, que passou a ser considerado bem autônomo, desvinculado de quaisquer outros valores, a exemplo dos patrimoniais.

Por outro lado, do Estado Democrático de Direito são derivados outros princípios que devem interferir na escolha do bem jurídico, na medida de sua proteção, como os princípios da necessidade do direito penal, da proporcionalidade, da intervenção mínima, da fragmentariedade e da lesividade.

b) as *teorias de fundamento constitucional restrito*, que delimitam o campo de escolha do legislador às normas constitucionais que apontem explícita ou implicitamente os objetos de tutela e a forma pela qual esta deve efetivar-se.

A segunda posição sustenta que o texto constitucional oferece indicações positivas de necessidade de proteção de determinados bens pelo direito penal, configurando um “catálogo tendencialmente fechado”, onde encontramos cláusulas expressas de criminalização ou penalização e, talvez, cláusulas implícitas.

Assim, as vertentes orientadas no sentido da criminalização defendem a obrigatoriedade de tutela penal daqueles bens que a Constituição apresenta como merecedores dessa proteção, seja através de dispositivos que a indicam, seja através de uma interpretação dos valores ali albergados, conferindo à Constituição um papel diverso, de catálogo de bens, em relação ao sistema penal. O que interfere, conseqüentemente, na imagem do Estado, como *“empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.”*²⁴⁰

Essas cláusulas de criminalização, seguindo o pensamento de Palazzo, são “de fato, fruto de um condicionamento historicamente bem situado pelo constituinte: isso não obstante, deve ser sublinhado como, em particular, as primeiras duas cláusulas [da Constituição espanhola, relativas à tutela do meio ambiente natural (art. 45/3) e à tutela do patrimônio histórico, cultural e artístico (art. 46)] são expressões de uma sensibilidade constitucional, hoje indiscutivelmente viva na tutela dos interesses *difusos* e *sociais*, destinados a perdurar por todo o futuro no quadro das indicações de conteúdo, características do Estado social.”⁴¹.

Daí o acerto da previsão da cláusula de criminalização, na Constituição brasileira, referente ao meio ambiente (art. 225, § 3º).⁴²

Porém, o catálogo de bens apresentados pela Constituição não pode ser seguido à risca pelo legislador penal, pois, como adverte Mir Puig⁴³, o “reconhecimento de bens jurídicos e direitos que se efetua na Constituição tem, antes de tudo, por objetivo fixá-los como limites que os poderes públicos devem respeitar”, não oferecendo resposta direta à questão da ponderação dos interesses em conflito e nem fixando qual o grau de lesão ao bem que é suficiente para torná-lo digno de tutela jurídico-penal. Sendo, o catálogo constitucional, um parâmetro para valorar o grau de importância do bem, ainda deve-se levar em conta as considerações de ordem político-criminal⁴⁴.

É preciso atentar que o bem jurídico, constitucionalmente orientado, não oferece “solução mágica” ao problema da tutela penal, conforme

Mantovani⁴⁵ – que não considera a Constituição um catálogo de bens e, também, inidônea, como sistema fechado, a receber novos bens emergentes; mas que “pelo caráter ‘rígido’ e ‘garantidor-personalístico’ da mesma, constitui-se sempre em um poderoso instrumento para a reconstrução da parte especial do direito penal, indicando ‘diretriz de fundo’ para a criminalização, a descriminalização e a despenalização.” Ainda, admite que o bem jurídico possui uma função crítico-limitativa do direito penal e gera responsabilidade política e moral para o legislador.

Palazzo concorda que “quanto mais se manifesta possível a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objetos da tutela penal, tanto mais penetrante será a influência da Constituição no sistema e, antes de tudo, na política criminal do ordenamento.”⁴⁶ Mas pondera que nem sempre a ordem dos bens jurídicos, penalmente tuteláveis, irá coincidir com a ordem dos valores constitucionais.

O mais indicado, portanto, é conjugar as concepções (totalizadoras e restritas), como o faz Luiz Regis Prado⁴⁷, ao argumentar que o Direito Penal deve ser sempre informado pela Constituição e pelos valores nela consagrados, e o legislador deve seguir este mesmo caminho ao determinar os bens jurídicos, elevando “à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor”. Ora, esta “circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico.” Decorre daí que “o fato de que a eventual restrição de um bem só pode ocorrer em função da indispensável e simultânea garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente à doutrina democrática.”

O legislador infraconstitucional, para que possa optar entre a proteção penal ou não de determinado bem, ou como vai concretizar-se tal proteção, deve partir de uma análise do quadro de valores apontado pelos princípios do Estado Democrático de Direito e do Estado Social – que são

os fundamentos para uma política criminal ser adequadamente traçada – relacionando-o ao contexto histórico vivido.⁴⁸ Neste sentido, Bettiol assinala que o “bem jurídico está intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e portanto assume significado diverso e conteúdo diverso com a mudança do tempo e do ambiente.”⁴⁹

Considera-se, então, como Luiz Regis Prado⁵⁰, que o conceito material de bem jurídico é valorado, porque decorrente de juízos de valor sobre a realidade social, primeiro do constituinte, e depois do legislador ordinário; e relativo, pois “válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isto porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis imanentes à própria existência humana.”

4.2 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE: NECESSIDADE DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

A proteção do meio ambiente é interesse do povo de determinado Estado, mas não apenas deste, em situações de lesões transfronteiriças, interessa a toda a humanidade, inclusive, prevendo a Constituição brasileira, que é necessário preservá-lo para as futuras gerações (art. 225). Espaços de riscos criados pela utilização de agrotóxicos, lançamentos de resíduos na água ou no ar, depósito de resíduos no solo, emissão de ruídos, entre outras formas, devem ser limitados ou até mesmo proibidos.

A criminalização de ofensa ao meio ambiente surge, portanto, como necessidade do direito penal de manter-se atento às exigências e anseios sociais, inserindo no catálogo de bens por ele tutelado aqueles que, lesionados, provoquem um grande dano social.

Isto porque se trata de um bem essencial ao desenvolvimento humano, ao bem-estar social, de um bem jurídico fundamental – pois interfere na dignidade humana, como informa o princípio do Estado Social e a Constituição brasileira, que é expressa no particular, justificando-se sua proteção penal, a qual deve ser direcionada pelos genéricos princípios políticos constitucionais. Como assevera Yuri Carneiro Coelho:

“O processo de indicação de condutas criminalizáveis no corpo da Constituição, de forma expressa, é perfeitamente legítimo, elevando-se de forma direta bens jurídicos constitucionais à condição de bens jurídicos penais, porém, devendo-se sempre observar que a punição de condutas ofensivas a estas espécies de bens jurídicos não devem fugir à regra vinculativa de respeito aos princípios de direito penal constitucional.”⁵¹

Em paralelo, o reconhecimento de novos direitos, como ao meio ambiente equilibrado, implica sempre alguma restrição àqueles já assegurados ao menos formalmente. Sem dúvida, o direito é um dos instrumentos necessários para regular as situações de risco e de dano que são criadas no tocante ao meio ambiente. E, para tanto, haverá de restringir a esfera de liberdade, de realização de certas atividades econômicas ou científicas, por exemplo.

É preciso, então, partir da reflexão sobre a “desproporção entre o valor da liberdade pessoal afetada pela pena e o valor dos bens atacados pelo delito”, seguindo a argumentação de Ferrajoli⁵², que conclui que é possível resultar, então, “evidenciada a oportunidade, em função da tutela de bens fundamentais, de uma maior penalização de condutas hoje não adequadamente proibidas nem castigadas: por exemplo, [...] a criação de novos delitos ambientais”.

Ao tratar da adesão do direito penal à tutela de bens e interesses que deseja preservar das lesões e ameaças produzidas pela biotecnologia, Maria Auxiliadora Minahim sustenta que: “A ameaça representada pela forma de vida praticada pela sociedade pós-industrial tanto ao equilíbrio ecológico (e, em consequência, à própria preservação da vida na terra) quanto a ideais reconhecidos de sociedade livre, democrática e saudável repercute no direito penal, instigando-o a inserir no rol de suas preocupações tradicionais (a proteção de bens jurídicos individuais) a tutela de

bens supraindividuais: interesses difusos e coletivos. A lesão a estes bens ocorre, na contemporaneidade, mais comumente, como resultado das atividades lícitas consideradas socialmente úteis, mas que são realizadas fora da pauta legalmente autorizada. Para atender às demandas de prevenção de riscos causados pela sociedade pós-industrial e, mais especificamente, pela biotecnologia o direito penal precisa sofrer reajustes, sem que suas teses centrais sejam desconfiguradas.”⁵³

Juan Bustos Ramírez atenta para os custos sociais elevados que os crimes podem acarretar contra bens transindividuais (o autor denomina-os coletivos) de caráter real e não fictício; salientando, ainda, que “[...] os bens jurídicos coletivos se movem no âmbito macro-social, isto é, do funcionamento do sistema. E evidentemente no Estado Moderno, [...], o funcionamento do sistema é de grande importância para a proteção dos bens jurídicos micro-sociais, isto é, os que constituem a base de existência do sistema [vida, liberdade, p. ex.]. Nada se retira desde uma concepção atual como proteger a vida e a saúde individual, se ao mesmo tempo não se protege a qualidade do consumo ou o meio ambiente [...]”⁵⁴

Dada a relevância do bem jurídico a ser protegido, o recurso, não apenas ao direito administrativo ou civil, mas também ao direito penal faz-se inevitável para a prevenção e repressão das lesões mais graves causadas ao meio ambiente. O direito penal não pode ser paralisado em sua função de proteção de novos bens jurídicos a pretexto de, com isso, violar dogmas do pensamento liberal. Aliás, esse é o grande desafio do direito penal contemporâneo, que não pode deixar de assegurar as garantias e liberdades e individuais, mas, de outro lado, deve estender-se, quando necessário, para impedir lesões que podem assumir proporções catastróficas.

Schünemann⁵⁵, ao apresentar a obra de Gracia Martin, corrobora seus

argumentos a favor da redefinição das características e da missão do direito penal moderno:

“Do mesmo modo que a sociedade moderna leva a cabo uma ruptura com o passado, também tem que desenvolver um Direito penal moderno que não pode ser o Direito penal da Ilustração concebido em uma época histórica determinada, nem tampouco pode ser substituído por um Direito penal ‘clássico’, isto é, válido para todas as épocas, pois uma tese dessa natureza daria lugar à impossibilidade de extrair da própria evolução social um produto da evolução social (o Direito penal). [...] A necessidade de uma contínua evolução do Direito penal liberal da época da Ilustração já se infere só com o atual aparecimento de áreas sociais de conflito com elevados danos sociais de dimensões colossais que a época da Ilustração ainda desconhecia e para cujo controle estão preparados os modernos âmbitos jurídico-penais do Direito penal do risco, do Direito penal econômico e do meio ambiente, do Direito penal da empresa, do Direito penal da globalização, do Direito penal europeu e do chamado Direito penal do inimigo.”⁵⁶

Conclui, por seu turno, Gracia Martin, que os desafios principais do direito penal moderno consistem em definir “os novos objetos de criminalidade – fundamentalmente os novos bens juridicamente passíveis de proteção” e “quais têm que ser os enunciados de criminalidade sobre os mesmos – fundamentalmente os juízos de reprovação ético-social sobre os ataques a tais bens que mereçam ser elevados à categoria de injusto criminal”⁵⁷.

Não obstante, críticas são apresentadas por parte da doutrina à expan-

são da intervenção penal, a exemplo da denominada “Escola de Frankfurt”, por considerar, conforme Schünemann⁵⁸, que “a nova legislação penal lesiona de modo múltiplo princípios do Estado de Direito porque pretenderia reagir a desenvolvimentos sociais defeituosos, para os quais nenhum ser humano individual é portador de responsabilidade, mediante a atribuição de culpabilidade aos indivíduos; porque abusaria do Direito penal como simples meio de direção social sem limitação ao clássico grupo dos bens jurídicos individuais, e porque em virtude da renúncia à lesão de bens jurídicos individuais apreensíveis empiricamente ativaria uma antecipação da punibilidade intolerável em uma sociedade liberal.”

No Brasil, por exemplo, Dani Rudnicki e Salo de Carvalho⁵⁹, desfavoráveis à tutela penal do meio ambiente, argumentam com base nas correntes minimalistas que há “necessidade de uma política ambiental – não penal ambiental – sendo urgente unificar a legislação pré-existente e incentivar a população a utilizar a ação popular e a ação civil pública.”

Há, ainda, aqueles que entendem que a tutela dos interesses difusos deve ocorrer a partir da criação de uma terceira via, situada entre o direito administrativo e o direito penal, como no caso do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer. Este sustenta que “só devemos consentir que permaneçam com relevo penal aqueles fatos cuja ilicitude não dependa de configurações extrapenais, ademais variáveis”, por isso propõe a criação desse novo ramo do direito, destacando seis características: 1. Direito de caráter preventivo; 2. Admissibilidade da imputação de responsabilidades coletivas; 3. Adoção de sanções rigorosas, como dissolução de entes coletivos; 4. Preparado para atuar globalmente; 5. Função ancilar, de caráter flanqueador do direito penal, para garantir apenas o cumprimento dos deveres impostos pela Administração; 6. Garantia da obrigação de minimizar os danos⁶⁰.

Silva Sánchez, após alegar que a oposição à modernização do direito penal “*en absoluto equivale a propugnar un ‘Derecho penal de clases’ en el que el ladrón convencional siga sufriendo una pena, mientras que el delincuente económico o ecológico quedaría al margen del derecho penal*”, indica

a distinção entre o direito penal de penas privativas de liberdades, e outro de penas mais próximas das sanções administrativas (restritivas de direito, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas), em que se flexibilizariam os critérios de imputação e as garantias político-criminais, isto é o direito penal de duas velocidades.⁶¹

O que é criticado por Jorge Figueiredo Dias, para quem, esta “via de (pretensa) solução do problema [...] não parece reconhecer a indispensabilidade, neste nosso tempo pós-moderno, de superação dos dogmas da razão técnico-instrumental calculadora”, bem como, “não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa”. Além disso, defende que a proposta acima parece equívoca e, em definitivo, inadequada:

“porque [...], acaba por trazer para o direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que a breve prazo haverão de conduzir ao domínio de um sobre o outro – quando não ao esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrollável do ‘cerne’ pela ‘periferia’.”⁶²

Corroborando a modernização do direito penal, Gracia Martín⁶³, para quem “o discurso crítico ou de resistência” a esse movimento deve ser rechaçado com veemência, por entendê-lo “insustentável e inaceitável do ponto de vista histórico-material das exigências éticas e políticas de nosso tempo”, e aponta a “verdadeira função material do discurso liberal das garantias penais”, ao aduzir que:

“2. No discurso liberal, as garantias penais, ademais da função discursiva formal e estratégica para encobrir os efeitos materiais reais cuasados a partir

dos dispositivos da face oculta do discurso, têm uma dimensão múltipla. Para a classe poderosa em sentido formal, e materialmente também funcionam como garantias. Concretamente, para as classes poderosas, o princípio da legalidade é uma garantia múltipla: [...] a exclusão de sua própria criminalidade do discurso lhes garante uma completa liberdade de atuação criminal (no sentido material) que atua como um motor dessa 'expansão'. Para as classes subordinadas, formalmente também são garantias, mas materialmente funcionam como instrumentos de classificação, disciplina e repressão de seu sistema material social de ação contra os bens jurídicos de cuja posse e fruição são excluídas em virtude do domínio superabundante dos mesmos pelas classes sociais poderosas."

Sendo assim, é preciso ter em vista que a sociedade de riscos, em que as relações sociais foram alteradas, os novos bens jurídicos possuem outras dimensões (contornos) e a complexidade dos fatos foi ampliada, requer do direito penal um espaço para a proteção desses bens, sob pena de perda de legitimidade.

Ressalta-se, ainda, que a expansão do direito penal na direção da proteção de novos bens jurídicos deve apoiar-se em uma busca pelo equilíbrio, ou seja, de evitação dos extremos, pois o direito penal não pode permanecer intocável em razão de uma presumida intangibilidade e anacronismo das garantias fundamentais, nem tampouco, ser meramente instrumental, convertendo-se em um direito sancionatório das sociedades de risco; como pretende Palazzo⁶⁴: "[...] en la premisa de que el Derecho penal es antes que todo un instrumento de utilidad social, la garantía no podrá nunca actuar privando a la sanción criminal de su finalidad de utilidad social; la configuración de la garantía es siempre el resultado de un difícil equilibrio entre la racionalidad instrumental de la sanción y la salvaguardia de los derechos fundamentales. En la historia no pueden existir absolutizaciones de las garantías, y la tutela del ambiente, también en el caso penal, constituye hoy un prepotente imperativo para la salvaguardia más que de la utilidad, de la superveniencia misma del género humano."⁶⁵

Por uma redefinição criteriosa do papel do Direito Penal, também

se manifesta Figueiredo Dias⁶⁶: “[...] recuso [...] tanto uma acentuação funcionalista, empirista e efficientista do paradigma penal, que se sustentaria numa tentativa de reforçar e levar ainda mais longe o dogma da razão técnica instrumental; como uma radicalização da perspectiva individualista e liberal que porventura conduziria, no fim, ao retorno a uma função moral atribuível ao direito penal. Os caminhos do futuro direito penal passam antes pela superação daquela razão técnica instrumental e, assim, pela redescoberta do axioma onto-antropológico que preside à função penal, produtor de uma imagem do Homem com ser-com e ser-para os outros. Nisto reside a melhor protecção que o direito penal pode oferecer às gerações futuras, sem que para tanto precise de renunciar ao (ou modificar o) paradigma estabelecido pela modernidade.”

Entre outros, destacam-se também outros doutrinadores estrangeiros a exemplo de Günter Heine, José Souto de Moura, Julio César Rodas Monsalve, Klaus Tiedemann, Muñoz Conde, Queralt, Rodríguez-Arias; e brasileiros, como Gilberto Passos Freitas, Ivete Senise Ferreira, Luiz Regis Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Néelson Bugalho, Ney de Barros Bello Filho, Vladimir Passos de Freitas, e tantos outros, que tentam contornar os aparentes obstáculos apresentados, pelo fato do meio ambiente tratar-se de um bem transindividual, de um interesse difuso.

Também os ordenamentos jurídicos de diversos países apontam no sentido da tutela penal do meio ambiente – Alemanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Paraguai, Portugal, Suíça, Venezuela, entre outros.

Defende-se, portanto, que na atual sociedade de riscos, em que novos desafios são lançados às ciências, à razão e à ética, o direito penal não pode eximir-se de rever alguns de seus conceitos e procurar meios de atender às novas exigências de intervenção para a protecção de bens jurídicos transindividuais, sem que precise abdicar dos seus princípios reitores e sem que seja necessário atribuir-lhe outros qualificativos, como direito de intervenção (*Interventionsrecht*), direito penal de duas velocidades, direito

sancionador ou direito de mera ordenação social⁶⁷.

Ou, como preconiza Mário Ferreira Monte⁶⁸, “o que terá, isso sim, de fazer, como de resto já se fez em outros momentos e como se terá de continuar a fazer, é dentro do direito penal encontrar soluções que passam eventualmente por algumas alterações, mesmo dogmáticas”, como o repensar da responsabilidade e a reflexão sobre o bem jurídico. Aduz ainda que, “não tem que haver um outro direito sancionador. Essa versão diferente, no sentido de especial, com vista a dar resposta a infracções especiais, fruto de aporias várias no direito penal clássico, já existe e tem nome: o direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*)”.

No caso do direito penal ambiental, sua estrutura deve fundar-se no fato de o meio ambiente não poder ser protegido integralmente, primeiro, em razão de sua própria conflituosidade com outros bens, depois, porque o direito penal não serve à proteção de qualquer bem, mas apenas daqueles considerados de especial relevância para o grupo social e apenas para prevenir e reprimir as lesões mais graves.

Tal fato implica necessidade de revisão da legislação penal que tutela o meio ambiente, tendo em vista dois enfoques que aparentemente se excluem: descriminalização e criminalização. O que se quer dizer é que há necessidade de se “enxugar” e aprimorar tal legislação, tendo em vista que devem ser objeto de sanção penal aqueles fatos considerados mais graves, retirando da esfera penal as agressões de menor potencial ofensivo, confiando-os à intervenção das normas administrativas – primeiro recurso de proteção, e/ou do direito civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A força normativa da Constituição, sob o aspecto formal, mas principalmente sob os aspectos material e axiológico, impõe-se a todos os atores sociais e imprime uma nova dimensão ao Direito. O legislador, portanto, encontra-se vinculado aos valores e às opções políticas apontados pelas

normas constitucionais.

Percebe-se, na Carta brasileira de 1988, que a preocupação com a crescente degradação ambiental resultou no reconhecimento do direito ao meio ambiente sadio, oferecendo uma abordagem mais abrangente e preventiva, e indicando, também, a necessidade de proteção penal do referido bem.

A expansão do direito penal dirigida à tutela do meio ambiente justifica-se, portanto, como reflexo dos anseios sociais, que, a partir de determinado momento histórico, passaram a ser reconhecidos nos textos constitucionais, diante da adoção da concepção social do Estado, reforçando a importância daquele bem.

Entretanto, tal proteção deve ser implementada com obediência aos princípios gerais da disciplina penal, que representam garantias, decorrentes, principalmente, do princípio do Estado Democrático de Direito. Pois, se por um lado a Constituição indica um catálogo de bens merecedores da intervenção penal para sua proteção, por outro lado, a elaboração, aplicação e interpretação dessas normas penais devem estar pautadas na observância de tais garantias, em conformidade com o que se denomina de neoconstitucionalismo.