

FELIPE LEICHTWEIS

**TUTELA PENAL DO AMBIENTE: (IN)ADEQUAÇÃO E (IN)EFICÁCIA
PROTETIVA AMBIENTAL**

OUTUBRO 2010

“Quando um povo é virtuoso, precisa de poucas penas”. Montesquieu

INTRODUÇÃO

Na atualidade, diante de ameaças típicas da sociedade do risco, não há mais discussão sobre a necessária tutela jurídica do meio ambiente. A magnitude e a natureza global das ameaças ambientais comprometem o equilíbrio ecológico. Diante de riscos inéditos, reais e irreais, ilimitados pelo tempo e pelo espaço, imperceptíveis e que atingem indiscriminadamente as pessoas, atribui-se ao direito penal a solução para problemas ambientais que serão intensificados no futuro próximo. Contudo, as respostas objetivadas pela sociedade pós-moderna não passam pela hipertrofia penal, mas por esferas não penais de solução menos lesivas aos direitos e garantias individuais. Estabelecer um direito penal ambiental meramente simbólico, que *a fórceps* visa à atribuição da responsabilidade penal da pessoa jurídica, à responsabilização penal objetiva ou solidária e à flexibilização dos princípios de garantia, não contribui para a necessária tutela do meio ambiente e, indiscutivelmente, afronta o Estado democrático e social de Direito. Destarte, considerando a natureza subsidiária ou fragmentária da intervenção penal e a estrita observância dos direitos e garantias fundamentais, questiona-se a adequação e a efetividade da tutela penal ambiental.

1 – Meio ambiente e a emergente sociedade do risco

O meio ambiente, primordial para a garantia da existência humana, não passou despercebido pelo texto constitucional de 1988, pois este, delineando a norma programática com projeção incriminadora, reconheceu sua relevância como bem jurídico autônomo. O artigo 225, *caput*, prevê o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo, preservá-lo e, por sua vez, o parágrafo terceiro do mesmo dispositivo define as sanções penais e administrativas aos atos lesivos. A opção seguida pelos constituintes redimensionou a intervenção estatal até então balizada pela rígida proteção dos direitos e garantias individuais e, desse modo, mitigou o asseguramento do máximo grau de efetividade aos preceitos fundamentais. O modelo de criminalização descrito restou instrumentalizado pela Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/98). Como peças

integrantes do aparelho punitivo-repressivo do Estado, têm-se a Constituição Penal¹ e uma lei infraconstitucional híbrida e de difícil aplicação a serviço do clamor público por punição e solução para os novos riscos de graves consequências.

Todavia, conforme demonstra Ulrich Beck e sua teoria social do risco, as instituições modernas são incapazes de fazer frente à crise ambiental em curso, eis que as ameaças, de ampla escala e inéditas, não têm soluções imediatas e óbvias. Na sociedade do risco, o sociólogo alemão observa que o desenvolvimento das forças produtivas, ocorrido entre os séculos XVIII e XX, veio acompanhado da apropriação ilimitada dos recursos naturais e do processo de surgimento dos riscos. Esses, forjados pela crescente inovação, escapam ao controle e à proteção das instituições da sociedade industrial. Os riscos que não mais se submetem à percepção dos sentidos e ao conhecimento científico adquirem uma dimensão catastrófica².

Com efeito, os riscos ecológicos não podem ser limitados pelo tempo ou pelo espaço; não são calculáveis segundo as regras de causalidade de responsabilização e não podem ser compensados. Na sociedade do risco, o reconhecimento da incalculabilidade dos riscos produzidos pelo desenvolvimento técnico-industrial, os quais não são controlados ou resolvidos pela ciência, torna a incerteza uma constante em face das graves consequências dos problemas ambientais. Estes são ininterruptamente gerados e expõem a ciência perante problemas por ela produzidos. Vazamento e derramamento de óleo, chuva ácida resultante da emissão de gases poluentes, acidente nuclear em grande escala, alteração e manipulação da composição genética da flora e fauna (transgênicos), águas contaminadas, riscos ocultos nos agrotóxicos, contaminações por bactérias e vírus, e bioterrorismo são apenas alguns dos inúmeros riscos e danos ambientais que colocam em xeque a capacidade resolutiva daquele que participou da origem dos problemas ecológicos modernos. Para Giddens³, sociólogo e pensador britânico, atualmente, em vez de estar cada vez mais sob nosso comando, parece que vivemos um mundo em descontrole, pois algumas influências que se supunha antes, iriam tornar a vida mais segura e previsível para nós, entre elas, o progresso da ciência e da tecnologia tiveram, muitas vezes, o efeito totalmente oposto.

O futuro não está escrito, mas é profundamente incerto. Corretamente, Prigogine⁴ argumenta que, a partir da incorporação da instabilidade, por força da dinâmica clássica e

¹ FELDENS, Luciano. *Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 69-154.

² LA SOCIEDAD DEL RIESGO. Barcelona: Paidós, 1998. p. 27-29.

³ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. 7.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010. p. 14-15.

⁴ PRIGOGINE, Ilya. *O Fim das Certezas*. São Paulo: UNESP, 1996. 13p.

da física quântica, a significação das leis da natureza ganhou um novo colorido, não mais de pré-determinação e previsão. Agora, as leis exprimem não mais certezas e sim possibilidades⁵.

Diante desse quadro, as ameaças ocultas resultantes do desenvolvimento técnico-industrial possuem uma tendência inerente à globalização⁶. Na sociedade do risco, a produção industrial vem acompanhada de uma universalidade de perigos independentemente dos lugares de sua produção⁷. Por outro lado, a ciência e os meios de comunicação servem como filtros de seleção, interpretando e divulgando a questão ecológica. Como não é possível distinguir riscos, estes são moral e politicamente construídos pela combinação entre racionalidade científica, deliberação institucional e esforços de organizações ambientais. Por conseguinte, a informação insistentemente repetida pelos meios comunicacionais anestesia e, ato contínuo, produz “verdades incontestáveis”, reforçando o pensamento único⁸. E, de todas as ilusões, a mais perigosa consiste em pensar que existe apenas uma realidade⁹. Já adverte Boaventura de Souza Santos¹⁰, com absoluta razão, que o conhecimento pós-moderno não é determinístico; exprime condições de possibilidades, e, assim, ao falarmos do futuro, mesmo que seja de um futuro que já sentimos a percorrer, o que dele dissermos é sempre o produto de uma síntese pessoal embebido na imaginação.

Em definitivo, na emergente sociedade do risco, o nexo de causalidade entre o fato e o resultado dele torna progressivamente mais difícil a imputabilidade dos danos a seus causadores. E, submetidos ao princípio da incerteza, cada um de nós está sozinho em face de uma sociedade inquietante, cuja evolução não podemos controlar. Isolados perante o sistema, tornamo-nos extremamente vulneráveis, o que gera uma profunda inquietação e, desse modo, a imagem da vítima se prolifera em todas as

⁵ Ainda sobre o tema, vale destacar a mais importante Teoria da Física, desenvolvida a partir da Teoria Eletromagnética de Maxwell, e, criada por Albert Einstein: a Teoria da Relatividade. Com esta, eliminou-se os resquícios dos juízos de certezas ou verdades absolutas, eis que tudo é relativo. Como explicou EINSTEIN, na obra *Vida e pensamentos* (São Paulo: Martin Claret, 2002, pp. 16/18): a mesma paisagem podia ser uma coisa para o pedestre, outra coisa totalmente diversa para o motorista, e, ainda, outra coisa diferente para o aviador. A verdade absoluta somente poderia ser determinada pela soma de todas as observações relativas.

⁶ Conforme Anthony Giddens, após a dissolução da Guerra Fria, a maioria das nações não tem mais inimigos. As nações enfrentam hoje antes riscos e perigos que inimigos, o que representa uma enorme transformação em sua própria natureza. E muitos dos novos riscos e incertezas afetam a todos, onde quer que se viva. Eles estão inextricavelmente ligados à Globalização. (Ob. cit. pp. 15/28).

⁷ BECK, Ulrich. Ob. cit. p. 42.

⁸ Sobre o poder da mídia, observa Giddens que a história nos últimos anos do século XX foi construída sob o poder da televisão que, não só chega primeiro, como também encena o espetáculo. (GIDDENS, Anthony. Ob. cit., p. 77).

⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 31. p. 10.

¹⁰ *UM DISCURSO SOBRE AS CIÊNCIAS*. 12. ed. Porto: Afrontamento, 1987. p. 36-48.

camadas da sociedade. Agora, cada um de nós reivindica o estatuto do oprimido e este aumento da vitimização, além de gerar confusão entre vítimas falsas e verdadeiras, é acompanhado por uma extensão ilimitada do Direito¹¹.

Na síntese de Lopes Jr¹², a sociologia do risco é firmada e definida pela emergência dos perigos ecológicos, characteristicamente novos e problemáticos, mas a dimensão desse risco transcende a esfera ecológica. Inegavelmente, a estrutura do direito penal e processual penal é afetada, pois não está imune aos riscos. Ocorre que é mais fácil legislar e seguir no caminho do direito penal simbólico, eis que o Direito, ao operar sob a égide de mitos como segurança jurídica e verdade real, reproduz a ilusão do Estado Segurança. Com a falsa crença de que o direito penal pode restabelecer a ilusão de segurança e a manipulação discursiva em torno da sociologia do risco, tem-se a opção pela gestão penal dos problemas¹³. De acordo com Zaffaroni¹⁴, a escolha mais barata, ou seja, as leis penais resultam da hipocrisia dos políticos que não sabem o que propor, não tem espaço para propor e não sabem ou não querem modificar a realidade. O resultado dessa gana legiferante é um amontoado de leis casuísticas, contraditórias, desiguais e desproporcionais; violadoras dos mais elementares princípios constitucionais penais. É neste cenário que emerge o debate sobre a contribuição do direito penal para o meio ambiente.

2 – Meio ambiente e bem jurídico

A análise da intervenção penal no âmbito ambiental, através do tipo penal ambiental, não pode ser iniciada sem a anterior verificação, mesmo que de forma breve, do que vem a ser o substrato material necessário a qualquer tipo penal: o bem jurídico.

O conceito de bem jurídico surgiu no século XIX com o “Iluminismo criminal” de Beccaria, Feuerbach e Hummel. Como bem se tem destacado, passou a existir uma preocupação em legitimar o direito penal impondo limites materiais ao poder punitivo estatal¹⁵. O Estado só deve intervir para proteger o indivíduo e a sociedade, e nunca,

¹¹ MORIN, Edgar.; PRIGOGINE, Ilya. et al. *A sociedade em busca de valores*. Paris: Piaget, 1996. p. 59-61.

¹² LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 50 p.

¹³ Idem, p. 17.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Desafios do direito penal na era da globalização*. In: *Revista Consulex*. Ano V, n. 106, 15 de junho de 2001. 27 p.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998. 60 p.

como concebia o *Ancient Régime*, para promover a cultura ou a moral. Porém, o utilitarismo consequente do ideário iluminista carecia de limites éticos aptos a graduar a responsabilidade penal. Kant e Hegel apontam a vantagem de se recorrer a critérios materiais para a delimitação do *jus puniendi* e, desse modo, na segunda metade do referido século, através dos doutrinadores Karl Binding e Franz Von Liszt, o pensamento positivista cria o cenário ideal para o aparecimento do conceito de bem jurídico.

Considerando as diferentes propostas teórico-conceituais, os autores convergem no sentido de considerar bens jurídico-penais aqueles bens ou valores de alguma forma indispensáveis ao livre desenvolvimento da pessoa. Em outras palavras, um bem jurídico torna-se digno de tutela penal à medida que for essencial à existência da pessoa e à de sua vivência comunitária¹⁶. Destaca Juarez Tavarez que o bem jurídico na qualidade de valor e, consequentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre a função de proteção não dele próprio, e sim da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Isso significa que o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que insere na norma como valor¹⁷.

Ocorre que, integrantes da sociedade do risco, percebemos, conforme já explicitado anteriormente, uma verdadeira expansão¹⁸ do direito penal contemporâneo, pois este é agora afirmado na tutela de contextos cada vez mais amplos e deixa de se circunscrever a interesses pessoais – conteúdo do conceito de bem jurídico, passa a abranger interesses difusos (bens jurídicos coletivos ou supraindividuais), tais como a ordem econômica, o sistema financeiro, o meio ambiente, entre outros.

Através de conceitos vagos nas redações dos tipos penais, do aumento de pena, da utilização desenfreada de crimes de perigo abstrato¹⁹, da imputação objetiva consequente

¹⁶ Sobre o tema, Mir Puig refere que somente as proibições a mandamentos fundamentais da vida social merecem adotar o caráter de normas penais. Somente as infrações a tais normas merecem ser consideradas crimes. Assim, reclamar uma particular importância social para os bens jurídico-penais significa postular a autonomia da valoração jurídico-penal daqueles bens. (MIR PUIG, Santiago. *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi*. In: *Estudios Penales y Criminológicos*, t. XIV, Santiago de Compostela. 209 p.). Já, na formulação de Costa Andrade, por bens jurídicos fundamentais, devemos compreender somente aqueles bens indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e ao funcionamento da sociedade democraticamente organizada. (ANDRADE, Manuel da Costa. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime*, RPCC 2, 1992. 178 p.) A definição operada por Figueiredo Dias situa bem jurídico como expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso. (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. 63 p.)

¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 199 p.

¹⁸ A expressão expansão é utilizada por SILVA SÁNCHEZ. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madri: Civitas, 1999.

¹⁹ À luz do direito penal moderno, em seguida, serão tratadas formas de perigo abstrato.

à falta de precisão ou generalidade das denúncias, enfim, da inobservância das regras de causalidade e imputação, flexibilizam-se direitos, garantias materiais e processuais. É a resposta aos anseios de uma sociedade ávida por jurisdicisionalizar riscos e não mais erros. Para Gilles Lipovetsky, nossa sociedade atual estimula os desejos, o ego, a felicidade, o bem-estar individualista e os resultados a curto prazo sem qualquer ideal de abnegação²⁰. Com efeito, vivemos numa sociedade do risco e da vitimização que se utiliza do litígio perpétuo. O Direito é agora o modo mais corrente de resolução de conflitos. Corroborando a tendência do desrespeito aos princípios do direito penal, tem-se a mídia *acusando, repercutindo e analisando* as provas e, em seguida, *julgando*, em tempo real, os casos selecionados e de maior repercussão. Diante desse quadro e sob a crença de que o direito penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição, o imaginário social desconsidera que todo e qualquer texto normativo só é válido quando estiver de acordo com as normas e princípios constitucionais. Amplia-se o conceito de bem jurídico para legitimar o uso do direito penal.

A matéria ambiental é exemplo paradigmático desta opção ilusionista. Conceituar meio ambiente de modo amplo como “o conjunto de condições, leis, influências, interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas²¹, dá azo à inflação legislativa movida por critérios de conveniência e oportunidade política, e distancia-se do conceito de bem jurídico, pois considera função como bem jurídico. Conforme observa Juarez Tavarez, a função não possui, por si só, um significado próprio. Podem ser tuteladas pelo direito administrativo quando, num contexto relacional, for possível apreender seu conteúdo material e protegidas pelo direito penal quando se materializarem em um valor da pessoa humana²².

Mister se faz reconhecer que a crescente expansão da esfera dos direitos pessoais para os interesses difusos e funções, ora referida, além de não restringir o conceito de bem jurídico, obstaculiza o questionamento sobre a viabilidade de resolução do conflito por meio de outros instrumentos.

Por isso sublinhamos que, no Estado democrático e social de Direito, frente aos novos contornos do conceito de bem jurídico deve prevalecer a incondicional defesa dos direitos individuais arduamente conquistados, adequando-se a intervenção penal às garantias constitucionalmente asseguradas. Princípios fundamentais como da legalidade, da personalidade, da intervenção mínima e fragmentária do direito penal, da

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. “A era do após-dever”. In: *A sociedade em busca de valores*. 35 p.

²¹ Artigo 3, inciso I da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente; Lei n. 6.938/81.

culpabilidade, da individualização e da proporcionalidade devem orientar a escolha da forma de tutela de um bem jurídico. Em definitivo, a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros de natureza constitucional capazes de impor a necessária restrição ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal²³.

Definido por Ferrajoli como o primeiro postulado do positivismo jurídico, porque, por meio dele, identificamos o Direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que só as leis e não a moral ou outras fontes externas dizem o que é delito. O princípio da legalidade tornou-se conhecido desde 1813 com a escola alemã moderna, segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o define”, nem “pena, sem prévia cominação legal²⁴”. Atualmente, ele se apresenta triplamente facetado, compreendendo a reserva legal (em caso de atipicidade, não poderá haver pena), a proibição da irretroatividade da lei penal (decorrência da reserva legal, retroagindo a lei penal salvo quando, de algum modo, beneficiar o acusado) e a da enunciação ou determinação taxativa (expressa a exigência de que as leis penais sejam claras e o mais possíveis certas e precisas).

O princípio da personalidade das penas propõe que a responsabilidade deve ser pessoal e depende de culpa vedada no crime a responsabilidade objetiva, própria de outras esferas do Direito.

Por intervenção mínima e fragmentária do direito penal, entende-se que só se legitima a criminalização de um fato caso seja esta um meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Para Luiz Regis Prado, aparece ele como uma orientação de política criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do direito penal e da concepção material de Estado de Direito²⁵. Assim, revela-se o caráter subsidiário do direito penal; a reação penal não resulta adequada senão onde o ordenamento jurídico não pode ser protegido por meios menos gravosos que a pena. Se recorrendo a meios não penais pode-se garantir uma eficaz proteção do ordenamento jurídico, não se deve acudir à pena. O direito penal somente intervém, em última instância, quando os restantes meios de que o Direito dispõe fracassaram em sua função de tutela. Com razão, Schmidt²⁶ afirma que o fundamento da subsidiariedade encontra-se no moderno utilitarismo penal, ou seja, na razão de o direito penal proporcionar não só a máxima felicidade

²² TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*, cit. p. 211-215.

²³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. ver. atual e ampl. São Paulo: RT, 2009. 94 p.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoria del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. 374 p.

²⁵ PRADO, Luiz Regis. Ob. cit. p. 92.

²⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 325-326.

compartilhada pela maioria, mas também o mínimo sofrimento necessário para os delinquentes, segundo pensa modernamente Ferrajoli. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do direito penal, que não tende à maior prevenção possível, senão ao mínimo de prevenção imprescindível; em outras palavras, o direito penal há de ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado na falta de outros menos lesivos.

Por sua vez, o princípio da culpabilidade, *nullum crimen nulla poena sine culpa*, atua como critério fundamental e limitador da pena. Como reprovação pessoal da conduta ilícita, veda a responsabilidade pelo simples resultado ou objetivo²⁷.

Como já adiantamos, individualizar as penas na lei é estabelecê-la, flexibilizá-la e mensurá-la tendo em vista a culpabilidade do autor pelo fato e as particularidades deste e não de qualquer autor por qualquer fato ou por fatos pretéritos.

O princípio da proporcionalidade, delineado por Beccaria²⁸, significa que a pena deve guardar proporcionalidade com a culpabilidade e a gravidade do injusto típico. Evidentemente não há relação exata entre pena e delito, mas entende-se proporcionalidade como limite a que deve sujeitar-se a função punitiva²⁹ de modo que a pena não ultrapasse, em espécie ou quantidade, o limite superior da culpabilidade do agente pelo fato.

Do exposto, oportuna a preciosa lição de Reinhhardt Maurach:

O ordenamento jurídico dispõe das mais diversas medidas para procurar-se a autoridade e fazê-la real. Contudo, desde uma perspectiva de política jurídica, a seleção e acumulação de tais medidas estão submetidas ao princípio de que uma medida de maior gravidade é injustificada, enquanto que uma de menor gravidade permita a obtenção do mesmo resultado. *Iure est civiliter utendum*, na seleção dos meios estatais de poder, o Direito Penal deveria ser uma verdadeira última *ratio*, encontrar-se em último lugar e adquirir atualidade só quando isso fosse indispensável para a conservação da paz social. Disso segue-se que a natureza secundária do Direito Penal é uma exigência política jurídica dirigida ao legislador³⁰.

Nesse cenário, far-se-á correto dizer que todo tipo penal deve ter como substrato a ameaça ou lesão a um bem jurídico, porém nem todo bem jurídico deve receber a tutela

²⁷ CEREZO MIR, José. *Culpabilidad y pena. Problemas fundamentales del derecho penal*. Madri: Tecnos, 1982. 179 p.

²⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev., São Paulo: RT, 1999.

²⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal, parte general*. 5. ed., Barcelona: Tecfoto, 1998. 48 p.

³⁰ MAURACH, Reinhhardt; ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994. 34 p.

do direito penal. Ademais, como define Tavares³¹, o bem jurídico tem de ser definido a partir da necessidade essencial para o desenvolvimento da pessoa, devendo apresentar um substrato concreto. O bem jurídico pode ter tantos aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura o seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto porque a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta.

Nada impede que, diante das características anteriormente citadas do direito penal, o meio ambiente seja visto como bem jurídico essencial para o desenvolvimento da personalidade humana e tutelado por esferas não penais de proteção. O fato de estar mencionado explicitamente na Constituição – o artigo 225 indica proteção da Lei Fundamental, porém, como esta descreve um marco flexível e ambíguo³², é insuficiente para caracterizá-la de modo pleno, como bem jurídico penalmente protegível. Quando se admite a proteção de bens jurídicos supraindividuais que parecem inabarcáveis conceitualmente e cujos limites escapam a uma clara delimitação, facilita-se a proliferação de objetos fictícios de tutela que avalizam opções de incriminação hipertrófica³³. Para tanto, inegavelmente, o legislador utiliza técnicas de proteção antecipada recorrendo especialmente às figuras típicas de perigo abstrato.

3 – Infração penal ambiental

Em matéria ambiental, tem-se acolhido as formas de delito de perigo, especialmente de perigo abstrato em detrimento do delito de resultado. O perigo alusivo não exatamente ao bem jurídico individual, mas sim ao próprio bem jurídico de natureza coletiva ou difusa. Para Bettoli³⁴, o dano é a efetiva lesão do bem jurídico, o perigo é uma probabilidade de dano; é uma acentuada probabilidade de lesão.

³¹ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, fasc. esp., Dez/1992. 81 p.

³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporaneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 273-274.

³³ MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales. In Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo derecho pena*: Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997. 121 p.

³⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1977. v. 1, 387 p.

No crime de perigo abstrato (diferentemente do perigo concreto no qual a exigência do perigo faz parte do tipo, integra-o como elemento normativo, de sorte que o delito só se consuma com a real ocorrência do perigo para o bem jurídico), o perigo constitui o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva. Contudo, o perigo não aparece como elemento do tipo objetivo e o delito se consuma mesmo que, no caso concreto, não se tenha verificado qualquer perigo para o bem jurídico tutelado. Basta a simples comprovação de uma atitude finalista perigosa. Nessa espécie delitiva, o legislador se conforma com a adequação da ação para lesionar um bem jurídico ainda incerto, tanto que não se exige seu contato com a ação do autor nem sequer sua presença concreta no raio de sua ação³⁵.

Inobstante a questão da legitimidade dessa espécie delitiva³⁶, em razão de uma pretensa forma ideal de proteção, tem-se admitido, como já referido, a conformação dos preceitos penais ambientais como infrações de perigo abstrato. Todavia, tais tipos penais acabam abrangendo uma série de condutas estruturalmente diversas. Não sendo necessária a verificação da lesão para a configuração do injusto, apresenta-se um déficit material. Bem observado por Costa³⁷, não se trata de dizer que os crimes de perigo abstrato são, em todas as suas formas, ilegítimos. O que é preciso é desenvolver critérios para delimitar em quais hipóteses os crimes de perigo abstrato apresentam conteúdo material suficiente para justificar sua existência.

Segundo a autora, os crimes de perigo abstrato devem apresentar um desvalor tanto de ação quanto de resultado, permitindo que sejam distinguidos da mera desobediência. Uma suposta periculosidade da conduta por si mesma não é suficiente para conferir conteúdo material ao injusto. Daí surge a ausência de respostas satisfatórias e bem assentadas na doutrina quanto à legitimidade dos crimes de perigo abstrato, especialmente diante de bens jurídicos coletivos. A ideia de que esses crimes tornariam a tutela penal mais eficiente, dispensaria a verificação da afetação concreta do bem jurídico, não convence em um sistema cujo vetor principal não é a eficiência: o direito penal não pode legitimar-se (apenas) em termos utilitários, tampouco pode contentar-se

³⁵ MAQUEDA ABREU, Maria Luísa. La idea de perigo en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992. *Actualidad Penal*. Madri: Actualidad Editorial, 26, 1994. 486 p.

³⁶ CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de derecho penal criminología*, 10, 2002. p. 60-65. Ainda sobre o tema, como bem destaca Miguel Reale Júnior, a circunscrição da esfera legítima para a utilização dos crimes de perigo abstrato, continua sendo um desafio para o direito penal contemporâneo, uma vez que estes beirariam a inconstitucionalidade. (REALE JR, Miguel. *Instituições de direito penal*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002. 279 p.

³⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010. 35 p.

com a ideia de periculosidade “automática” de uma conduta sem qualquer análise prévia, defender essa linha significa confundir funcionalidade com legitimidade³⁸.

A questão passa também pelo caráter complexo e difuso dos problemas ambientais. Emergem difíceis questões no plano da relação de causalidade; relação causal entre a vontade e o resultado. Por vezes, há enorme, para não dizer intransponível, dificuldade de, no campo processual, provar-se a relação de causa e efeito. Assevera Tavarez³⁹ que, desde que a relação de causalidade não possa ser afirmada no plano natural ou haja dúvidas sobre o processo de produção do resultado, qualquer complemento que se possa efetuar por meio de uma decisão – não importa aqui os critérios utilizados – viola também o princípio *in dubio pro reo*. Se causa é toda condição sem a qual o resultado não se verifica – resultante da adoção da teoria da condição⁴⁰ – a incerteza não leva à existência da relação de causalidade na esfera penal. Assim, arrematam Costa Jr. e Gregori⁴¹ que estamos diante de uma impossibilidade prática de verificar a existência do nexo causal que coliga determinado dano ecológico à determinada conduta, ou, então, quando menos razões impedem calcular, com suficiente exatidão, a relevância causal específica apresentada, por múltiplos agentes poluentes, na produção de uma única lesão do meio ambiente.

É nesse cenário de busca a mitos como verdade real e juízo de certeza ou segurança⁴², que ocorre a ampliação do sistema punitivo, alterando-se as estruturantes de um modelo político-criminal minimalista (garantista). Com plena razão, Salo de Carvalho explica que o direito penal, ao assumir a responsabilidade de fornecer respostas às novas demandas (aos novos riscos), redimensiona vez mais sua estrutura num narcisismo infantil. Surge do delírio de grandeza (messianismo) decorrente da autoatribuição do papel de proteção dos valores mais caros à Humanidade, chegando a assumir responsabilidade pelo futuro da civilização (tutela penal das gerações futuras); estabelece uma relação consigo mesma que a transforma em objeto amoroso. Isso conduz à onipotência que incapacita o direito penal de perceber seus próprios limites, inviabilizando uma relação madura com os outros campos do saber

³⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. Ob. cit, p. 36-51.

³⁹ TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*, cit. 262 p.

⁴⁰ Artigo 13 do Código Penal brasileiro.

⁴¹ COSTA JR. Paulo José da.; GREGORI, Giorgio. *Direito penal ecológico*. São Paulo: CETESB, 1981. 55 p.

⁴² Fulcrado no dogma da completude lógica do sistema.

(interdisciplinaridade). Sem dialogar, o direito penal não percebe a falência do monólogo científico, o que leva ao agravamento da crise e do próprio autismo jurídico⁴³.

Como resultante da sobrecarga e da obstaculização do sistema penal de garantias, temos a perda de limites formais e substanciais, e o emprego imoderado de tipos penais abertos. A Lei de Crimes Ambientais brasileira integra essa política e a consequência disso é o comprometimento do direito de defesa ampla e do princípio do contraditório, com acusações genéricas ou implícitas (que não especifica condutas, autoria, formas de participação; sem a devida individualização do caso penal⁴⁴) e o emprego da chamada imputação objetiva por meio da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

4 – A (ir)responsabilidade penal da pessoa jurídica

A discussão sobre a possibilidade de responsabilizar penalmente uma pessoa jurídica passa pelo viés garantidor e não penalizador na sociedade do risco. Como explicaremos, ainda que de modo breve, o desafio é dar eficácia aos direitos fundamentais e garantias substanciais que emergem da Constituição.

No contexto de análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica, cumpre ressaltar que o sistema penal é formado, substancialmente, por um conjunto de normas que proíbem, determinam ou simplesmente permitem fazer ou não fazer. O que, por si só, depreende a necessidade de algum tipo de ação motivada a fim de se violar os preceitos jurídicos.

Cesar Roberto Bitencourt entende que o crime, como decorrência da violação das normas impostas pelo sistema penal, é ação humana (ao que Zaffaroni refere ser o elemento genérico do crime), sendo que somente o ser vivo, nascido de uma mulher, pode ser autor de crime. Em suas palavras, a conduta (ação ou omissão), pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do homem. A capacidade de ação e de culpabilidade exige a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual, que somente o ser humano pode ter⁴⁵.

⁴³ CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Ruth Maria Chittó Gauer (org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 189 p.

⁴⁴ Princípios abordados no item 2 do presente trabalho.

⁴⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal, parte geral*. v.1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 199 p.

Para Toledo⁴⁶, as normas vigentes no ordenamento são dirigidas a quem seja capaz de realizar o que o tipo penal proíbe ou de não fazer o que a lei determina. Segundo seu entendimento, deduz-se que o fato-crime consiste sempre e necessariamente em uma atividade humana, positiva ou negativa, pois a contrariedade ao comando da norma, que concretiza a realização de um tipo delitivo, só se estabelece diante da existência de uma ação ou omissão que seja fruto de uma vontade, capaz de orientar-se pelo “dever-ser” da norma.

A vontade mencionada de forma explícita por Toledo, inerente aos vários conceitos de ação ou omissão humana trazidos pela doutrina é o ponto nevrálgico de toda a questão acerca da culpabilidade, sendo que tal vontade pode ser traduzida, a partir do Iluminismo, por livre-arbítrio, esse é característica única de seres existentes e pensantes. Se livre-arbítrio pressupõe vontade e, por sua vez, vontade pressupõe consciência, então, só existe como autor de fatos a pessoa física, porquanto capaz de manifestação de inteligência e de vontade⁴⁷.

Se, como afirmava Kant, o direito surge da vontade, como mencionou Rousseau, o Estado é decorrente de vontade e, ainda conforme Sartre, vontade implica em consciência, então, a conduta capaz de produzir efeitos no mundo jurídico só pode ser a humana. Ademais, culpabilidade implica no reconhecimento da possibilidade de ter sido praticada outra conduta que não aquela. Logo, a manifestação da vontade de forma livre e consciente é inerente a esse conceito de forma a incluir, no rol dos sujeitos ativos penais, apenas os seres capazes de manifestação de vontade e de consciência, o que exclui a pessoa jurídica dessa perspectiva⁴⁸.

Contudo, para muitos autores⁴⁹, cabe ao direito penal o papel de instrumento punitivo que faltava para fazer frente e reprimir com eficácia as novas formas de criminalidade, cada vez mais ágeis e despojadas. Com a expansão da economia mundial, o aumento da criminalidade financeira e econômica, e a violação cada vez em maiores proporções ao meio ambiente e aos demais direitos difusos, mediante a utilização de

⁴⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 91 p.

⁴⁷ LEICHTWEIS, Felipe; BOSCHI, Marcus Vinícius; CRUZ, Maurício Jorge D'Augustin; COSTA, Renata Almeida da; Culpabilidade em crise? A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Número 4, Setembro/Dezembro 2001. p. 88-89.

⁴⁸ Idem, 89 p. Ainda, no mesmo sentido, CEREZO MIR, José. (Curso de derecho penal español, cit., t. II, 6. ed, Madri: Tecnos, 1998. 70 p.), ROXIN, Claus. (Derecho penal. Parte general. t. I, Madri: Civitas, 1997. 252 p.) e JESCHECK, Hans-Heinrich. (Tratado de derecho penal. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1, 297 p.)

⁴⁹ Entre outros, destacamos Márcia Dometila Lima de Carvalho (*Fundamentação constitucional*. 129 p.), Sílvia Cappelli (Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental. In: *Estudos Jurídicos*, v. 28. p. 75-76), Antônio Evaristo de Moraes Filho (Crimes contra a economia popular. In: *Direito penal dos negócios*. p. 108-109) e

entes coletivos, a instituição da responsabilidade penal das pessoas jurídicas seria o caminho como forma de *aperfeiçoamento* do sistema punitivo. Nesse sentido, o legislador constituinte redigiu o artigo 225, *caput* e parágrafo 3º. da Lei Maior. A Lei 9.605/98, por prever expressamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em seu artigo 3º, criando inclusive rol de penas aplicáveis à espécie (artigos 21 a 24), consagrou esta opção.

Conforme referido, para outros doutrinadores, que remontam às ideias de Savigny, pelas quais os entes coletivos não passam de ficção jurídica entendem de modo diferente: as pessoas jurídicas não existem na realidade e, por isso, não se pode falar que elas realizam os elementos de uma infração penal. Na verdade, as atividades realizadas pelos grupamentos não passam de atitudes tomadas pelas pessoas físicas e seus membros, ou seja, entendem ser impossível conceber que uma pessoa jurídica possa refletir e agir. São seus membros que agem e refletem em nome do ente coletivo. Os sócios dos grupamentos são, nesse passo, as pessoas que detêm vontade real, faltando esta às pessoas jurídicas. É o que decorre do conhecido princípio de direito penal com relação aos entes coletivos: *societas delinquere non potest*, desprovidas de intenção, as pessoas jurídicas seriam incapazes de agir e, por consequência, de se submeter ao direito penal. Ainda, as penas não teriam sobre elas efeito algum, uma vez que, não tendo consciência, não podem compreender o mal da sanção.

A par disto, também se rebate a responsabilização penal dos entes coletivos, afirmando que estes somente detêm personalidade jurídica ao agirem dentro de sua finalidade. Consideram que eles perseguem sempre um fim lícito e seus atos tornam-se ilegais ao extrapolarem os fins previstos no momento de sua instituição. Portanto, são incapazes de infringirem a legislação criminal. Se assim o fizerem, perderão sua capacidade e personalidade jurídica⁵⁰.

Os autores, defensores da ideia de que a Constituição continua a propugnar pela irresponsabilidade dos entes coletivos, justificam essa posição sob os seguintes argumentos básicos: a) não se deve proceder a uma interpretação literal do texto constitucional – cabe realizar uma interpretação sistemática; b) urge interpretar os incisos XLV, XLVII, XLVIII, XLIX e L do artigo 5º, que tratam da individualização da pena, suas espécies e formas de cumprimento, como a consagração do princípio da

Sérgio Salomão Schecaira (A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. *Boletim do IBCCRIM*, n. 65, 3 p.)

⁵⁰ LEICHTWEIS, Felipe; BOSCHI, Marcus Vinícius; CRUZ, Maurício Jorge D'Augustin; COSTA, Renata Almeida da; Ob. cit. 90 p.

pessoalidade das penas, já explicitado nesse trabalho; c) intolerável a violação ao princípio constitucional da isonomia (artigo referido, caput), já que figurando as pessoas jurídicas como sujeitos ativos de infrações, os partícipes e pessoas físicas seriam beneficiados com o relaxamento dos trabalhos de investigação; e) ao prever no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição, o direito de regresso, esse é incompatível com a imputação penal da pessoa jurídica, uma vez que, se condenada, eventualmente, por uma infração criminal, não poderia mover ação de regresso, pois um réu não poderá mover contra o corréu uma ação de reparação de dano oriunda de um mesmo fato por ambos cometido⁵¹.

Sem dúvida, como já advertido, um dos grandes obstáculos à sujeição criminal ativa de uma pessoa jurídica prende-se à problemática das penas, uma vez que não teriam como ser aplicáveis aos entes coletivos. Rothenburg⁵² afirma que a maior dificuldade na questão da responsabilidade dos grupamentos não se concentra na questão da capacidade penal, mas sim no estabelecimento de sanções punitivas. Isto porque algumas penas de natureza puramente física, que procurem reprovar a conduta criminosa, são insuscetíveis de ser aplicadas aos entes coletivos, como, por exemplo, a sanção de privação de liberdade ou outras que também atinjam a pessoa física.

Sustenta-se que o efeito intimidatório da pena não se exerce de maneira eficaz e que não se mostra viável a aplicação de determinadas sanções, uma vez que o sistema de penas previsto tanto na Constituição quanto no Código Penal foi concebido para pessoas físicas e não para pessoas jurídicas. Além disso, o princípio da pessoalidade das penas, conforme visto, não pode admitir a responsabilização dos entes coletivos, já que implicaria também a imputação de seus componentes, muitos deles não tendo sequer contribuído para a realização do ato infracional. Na frustrada tentativa de identificar autoria e participação, poderia ocorrer a regressão *ad infinitum* na cadeia causal responsável pelo resultado danoso.

Todavia, o artigo 3º da Lei dos Crimes Ambientais dispõe que a pessoa jurídica será responsabilizada nos casos de dano ambiental proveniente da decisão de seus diretores. Ou seja, há uma verdadeira confusão entre a personalidade jurídica da pessoa jurídica com a de seus administradores e culpa-se um por ato do outro. A possibilidade de existência de concurso de agentes (coautoria e participação) entre a pessoa jurídica e seus

⁵¹ Destaque para Manoel Pedro Pimentel (*Crimes contra o sistema financeiro*. p. 171-172), Celso Delmanto (Cf. Lima de Carvalho, *Fundamentação constitucional*, cit., 128 p.), René Ariel Dotti (A incapacidade criminal da pessoa jurídica, *IBCCRIM*, n. 11, p. 187-190), Antônio Cláudio Mariz de Oliveira (A responsabilidade penal e os crimes tributários. *Repertório IOB de Jurisprudência*. n. 8, 132 p.) e Luiz Vicente Cernicchiaro (*Direito penal na constituição*. p. 75-76).

⁵² ROTHENBURG, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminosa. In: *Revista dos Tribunais*, n. 717, p. 365-366.

diretores viola um princípio básico que norteia o concurso de agentes, qual seja o chamado vínculo psicológico entre os agentes. O diretor não pode se associar intencionalmente com um ente abstrato por ele dirigido haja vista que esse ente não possui vontade nem possibilidade de escolha acerca dos seus atos.

Por todo o exposto, resulta imprescindível reafirmar os postulados da culpabilidade e da personalidade das penas, indispensáveis à configuração de uma responsabilidade penal subjetiva. Esta, no direito brasileiro, tem previsão no artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos artigos 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos), e 5º *caput*, (inviolabilidade do direito à liberdade), da Constituição Federal de 1988. A consideração do delito como ação ou omissão humana e não como estado, condição, expressão de um sentido ou simples perspectiva de conduta, constitui-se, pois, em uma indisponível garantia liberal no qual se assente todo o sistema penal. A capacidade de ação, de culpabilidade e de pena exige a presença de uma vontade, a faculdade psíquica da pessoa individual que não existe na pessoa jurídica, ente fictício ao qual o Direito atribui capacidade para outros efeitos distintos do penal. Vale dizer, a responsabilidade penal continua a ser pessoal, conforme determina a Constituição (artigo 5º, inciso XLV), observando o princípio da legalidade (inciso XXXIX do mesmo artigo). Exatamente por isso temos a vedação de imposição de pena a terceiros e a recusa de qualquer modalidade de atribuição da responsabilidade penal objetiva ou solidária. Como ensina Dotti⁵³, tanto a pessoa física como a jurídica podem responder nas ordens civil, administrativa e tributária por seus atos; mas a responsabilidade penal continua sendo de caráter e natureza estritamente humanos.

5 – Uso simbólico da proteção penal ambiental. Excuso: alternativa

Diante das dificuldades dogmáticas apontadas, é possível afirmar que o direito penal ambiental tem-se mostrado um típico exemplo de direito penal simbólico. A toda evidência, o direito penal produz efeitos meramente ilusórios.

Aponta Hassemer⁵⁴, que o denominador comum a todas novas normas de direito penal ambiental é o déficit de execução. Ninguém mais discute se existe tal déficit, porque é evidente que existe, apenas pergunta-se o que se pode fazer para superá-lo.

⁵³ DOTTI, René Ariel. *A incapacidade penal da pessoa jurídica*, cit., 187 p.

Destaca o doutrinador que o caráter simbólico é identificável através de duas características: por um lado, não serve para a proteção efetiva de bens jurídicos, por outro, obedece a propósitos de pura jactância da classe política⁵⁵. Isso significa que há cifras negras colossais no domínio do direito penal do ambiente, e estas não só são descomedidas, como também são seletivas: nunca são castigados os grandes poluidores, mas apenas os pequenos.

Escolhe-se, num grupo de pessoas com responsabilidades difusas, apenas duas ou três delas, de forma quase aleatória. Desse modo, burla-se a delimitação rigorosa das contribuições individuais para a prática do ato ilícito e, em nome da eficácia da persecução penal, a própria dignidade do Direito Penal é sacrificada.

Via de regra, as criminalizações obedecem a uma estratégia política ou social impulsionada pela pressão pública, especialmente após escândalos divulgados pela mídia que, como vimos: *acusa, repercute e analisa e julga* as provas e por interesses eleitorais. Assim, destaca Costa⁵⁶, o legislador (ou o Poder Executivo) busca dar uma resposta, ao mesmo tempo, rápida e que deixe transparecer o máximo de seriedade no trato com a questão. A lei penal surge, pois, como demonstração de prontidão, capacidade de ação e presteza, transmitindo a mensagem de resolução da situação problemática. Contudo, não se verifica se a via escolhida – direito penal – tem aptidão para atuar na matéria.

Arremata a autora que, no cenário brasileiro, existe a referida baixa efetividade do direito penal ambiental no que se refere à proteção do meio ambiente. Conforme o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, os dados estimados de desmatamento da Amazônia não apresentam qualquer tipo de alteração positiva decorrente da Lei de Crimes Ambientais⁵⁷. Ademais, os críticos à lei, apontam inúmeras falhas técnicas, desde a criação de uma posição de garante além dos limites da legitimidade até o estabelecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica⁵⁸, passando por tipos penais incompreensíveis e formas culposas inconcebíveis.

Em suma, num cenário em que decisões políticas e sociais têm enorme relevância para a proteção do meio ambiente, o uso do direito penal simbólico é extremamente contraprodutivo. Atuando como álibi, ele passa a impressão de que o problema é individual e está sendo resolvido de forma efetiva, desonerando as esferas política e

⁵⁴ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 22, 1998. 30 p.

⁵⁵ Idem, 33 p.

⁵⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. Ob.cit. p. 109-152.

⁵⁷ Idem, 141 p.

⁵⁸ Como vimos, incompatível com o nosso sistema penal.

econômica, e a própria sociedade da tarefa de tomar decisões no sentido da proteção ambiental⁵⁹. Como já referido na análise do bem jurídico, tal opção ilusionista, inegavelmente obstaculiza o questionamento sobre a viabilidade de resolução do conflito por meio de outros instrumentos⁶⁰.

Daí porque se deve lançar o debate acerca de alguma alternativa. Se, com a edição da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98) através da inobservância de princípios penais constitucionais, há violações à dogmática penal, nada impede que o direito administrativo sancionador se mostre mais adequado e eficiente que o direito penal.

Em muitos ordenamentos jurídicos, tem-se visto, hoje, a crescente despenalização das infrações, ocorrendo uma espécie de desclassificação dos ilícitos penais para o âmbito administrativo. Seria exatamente esse processo legislativo de despenalização e penalização dos ilícitos o reflexo da noção de que é a norma que determina em cada momento e circunstância histórica se uma conduta inadequada à ordem jurídica constitui um ilícito administrativo ou um ilícito penal⁶¹.

Em razão disso, entende-se ser necessário oferecer ao legislador um substrato principiológico comum às diversas categorias de ilícitos, permitindo o desenvolvimento, sobretudo como ocorreu na Espanha, por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional. No Brasil, porém, distintamente do caso espanhol, não se nota na doutrina uma discussão mais aprofundada acerca do poder sancionatório, sendo, inclusive, obras a respeito desse tema ainda escassas.

Em que pese tal situação, na atual sistemática brasileira, não vemos dificuldade na aplicação da solução sancionatória às questões ambientais. A extensão do devido processo legal ao processo administrativo, na Constituição Federal de 1988, e a edição da Lei n. 9.784/99⁶², foram determinantes para a consolidação, no Brasil, do direito

⁵⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. Ob. cit. 148 p.

⁶⁰ Sobre o tema, Hassemer ainda argumenta que “a falência do direito penal do ambiente tem a ver com o reconhecimento de que os fins das penas não são atingíveis. Por um lado, a ressocialização do infrator não é necessária. Por outro, a prevenção geral positiva (ou prevenção geral de integração) não funciona, devido às colossais cifras negras, sendo aplicadas penas de multa, quem acaba por pagar a multa nunca é o infrator, mas a empresa. As penas privativas de liberdade são aplicadas à razão de uma para mil casos possíveis. A prevenção geral positiva é ilusória. De fato, a generalidade dos cidadãos já se apercebeu de que o direito penal do ambiente é totalmente ineficaz. Os jornais fazem eco da descrença geral no direito penal do ambiente, com notícias diárias, nas quais a moral da história é sempre a conclusão de que os verdadeiros poluidores do meio ambiente nunca são castigados. O direito penal reage contra este estado de coisas, tornando-se cada vez mais severo. Sirva de ilustração a última reforma do direito penal, na Alemanha, datada de finais de 1994. Esta reforma agravou o direito penal do ambiente, mais uma vez”. (Ob. cit., p. 32- 33).

⁶¹ DEL TESO. Ángeles de Palma. En principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madri: Tecnos, 1996. 31 p.

⁶² Define normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta.

administrativo sancionador como uma disciplina que transita entre o direito penal e o direito administrativo.

O regramento constitucional contido no artigo 225, parágrafo 3º, reconhece à Administração Pública o poder de aplicar sanções. Para além do respeito aos princípios constitucionais da legalidade previsto na Constituição brasileira no artigo 5º, inciso II, do respeito à intimidade (mesmo artigo, incisos X, XI, XII), do direito de informação dos órgãos públicos (XXXIII), do recurso ao Poder Judiciário (XXXV), do direito a processo e sentença pela autoridade competente (LIII), do contraditório e ampla defesa (LIV, LV), há a necessidade de observância dos princípios da Administração Pública, tais como da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse contexto, temos a responsabilidade administrativa ao encontro da previsão constitucional que, expressamente, tutela condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente – artigo 225, parágrafo 3º⁶³.

No que se refere à responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, não se encontram os mesmos óbices do direito penal. Em matéria de direito administrativo, a tutela do interesse público exige o desenvolvimento de instrumentos capazes de punir as pessoas jurídicas que atuam de forma ilícita em detrimento dos valores protegidos pela ordem jurídica. Ainda que a vontade em sentido estrito seja um atributo exclusivo do ser humano, as pessoas jurídicas atuam por meio de seus órgãos, que exteriorizam a vontade social, que não se confunde com a vontade de cada pessoa física que a integra. Da análise sistemática do texto constitucional, temos, assim, a possibilidade de responsabilização do ente coletivo por dano ambiental, não no sentido penal, mas sim pelo direito sancionador.

A adoção da responsabilidade pessoal do agente representa uma condicionante ao poder sancionador da Administração Pública. As previsões constitucionais abordadas (individualização da pena à pessoa do acusado, etc.) devem ser estendidas às sanções administrativas, não estando restritas ao âmbito penal. O poder sancionador da Administração Pública atua em situações que, anteriormente, eram reguladas pelo direito penal. Por este motivo, os elementos que compõem a responsabilidade penal devem aproximar-se da responsabilidade administrativa. Daí que, ao se extrair dos preceitos constitucionais a adoção do modelo de responsabilidade subjetiva, resta aplicá-los às infrações administrativas.

Com a culpabilidade, temos a importância da consideração do elemento subjetivo quando da aplicação da sanção administrativa como decorrência lógica da consagração do

princípio da dignidade da pessoa humana. A regra geral para o exercício do poder sancionatório pela Administração Pública ainda pressupõe a culpa do agente infrator.

Para complementar, um tanto quanto distante da ideia de reparação, ainda que tal finalidade possa ser atingida quando da aplicação de determinadas sanções, a atividade sancionadora administrativa tem como objetivo não somente a punição, mas também a prevenção das infrações administrativas. Isto porque *la finalidad del derecho sancionador administrativo es, como se ha dicho, la prevención de las conductas que puedan poner en peligro o lesionar bienes jurídicos*⁶⁴.

Na mesma linha, observa Costa⁶⁵ que a sanção administrativa é indicada para ilícitos referentes a atividades controladas pela administração e ilícitos caracterizados por normas introduzidas por regulamentos com caráter analítico, detalhado e eminentemente técnico, características essas dominantes na esfera ambiental. Some-se a isso o fato da Administração atuar nessa esfera preventivamente, conformando direitos, limitando-os e restringindo-os, bem como repressivamente, ou seja, sancionando o particular que deixou de observar a norma. Desse modo, a autora conclui que o Direito Administrativo, por apresentar possibilidades bastante amplas de atuação preventiva (tais como o zoneamento ambiental, o licenciamento ambiental, os estudos de impacto ambiental, dentre outros), consiste em um meio mais adequado e efetivo do que o direito penal para a imposição de sanções na esfera ambiental, desde que sejam observadas as garantias e princípios no que tange à imposição de sanções.

Em definitivo, este é apenas um olhar. Assim como flutuações da economia e mudanças tecnológicas, riscos ecológicos não respeitam fronteiras, exigem uma estratégia global frente a novas condutas e não a desregulamentação imposta pela produção desenfreada de leis caóticas que mitigam garantias penais. Contrários à adoção de medidas maximizadoras da intervenção penal, cremos conveniente o ensinamento do mestre espanhol Muñoz Conde:

Mas dentro do ordenamento jurídico, ao direito penal corresponde a tarefa mais ingrata e terrível: a de sancionar, com as punições mais graves, os ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos mais importantes, e, nesse sentido, pode-se dizer que o direito penal deve ser subsidiário do resto das normas do ordenamento jurídico, porquanto nisso expressa-se o seu caráter de ‘*ultima ratio*’; ou seja, quando o ataque não seja muito grave ou o bem jurídico não seja tão importante, ou quando o conflito possa ser solucionado com soluções menos

⁶³ COSTA, Helena Regina Lobo da. Ob. cit., p. 215-219.

⁶⁴ DEL TESO, Ángeles de Palma. Ob. cit. 129 p.

⁶⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. Ob. cit. p. 173-208.

radicais que as sanções penais propriamente ditas, devem ser aquelas as aplicáveis⁶⁶.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general*. 2.ed. Valencia: Tirant to Blanch, 1996. 73 p.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referencias de uma doutrina teleológica-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 1999.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BETTIOL, Giuseppe. Direito penal. v.1. São Paulo: RT, 1977.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*, volume 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CAPPELLI, Sílvia. Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental. In: *Estudos Jurídicos*, v.28, 1996.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Favris, 1992.
- CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Ruth Maria Chittó Gauer (org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CEREZO MIR, José. *Culpabilidad y pena. Problemas fundamentales del derecho penal*. Madri: Tecnos, 1982.
- _____. Los delitos de peligro abstracto em el âmbito del derecho penal del riesgo. *Revista de derecho penal criminología*, 10, 2002.
- _____. *Curso de derecho penal español*. 6.ed. Madri: Tecnos, 1998.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. 12. ed. São Paulo: RT, 2010.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA. 12. ed. São Paulo: RT, 2010

COSTA. Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JR, Paulo José da. GREGORI, Giorgio. *Direito penal ecológico*. São Paulo: CETESB, 1981.

DEL TESO, Ángeles de Palma. *En principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madri: Tecnos, 1996.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n.11, 1995.

EINSTEIN, Albert. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FELDENS, Luciano. *Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoria del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 31, 2000.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 22, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. v.1. Barcelona: Bosch, 1981.

LEICHTWEIS, Felipe; VINICIUS BOSCHI, Marcus; JORGE DÀUGUSTIN CRUZ, Maurício; ALMEIDA DA COSTA, Renata. Culpabilidade em crise? A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, ano 2, n. 4, p. 79-98, set./dez. 2001.

LIPOVETSKY, Gilles. A era do após-dever. In: *A sociedade em busca de valores*. Paris: Piaget, 1996.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAQUEDA ABREU, Maria Luísa. La idea de peligro en el moderno derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de código penal de 1992. *Actualidad Penal*. Madri: Actualidad Editorial, 26, 1994.

MAURACH, Reinhardt. ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. 7. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi. In: *Estudios Penales y Criminológicos*. T. XIV, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1977.

_____. *Derecho penal, parte general*. 5. ed. Barcelona: Tecfoto, 1998.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberal. In: Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo derecho pena*: Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997.

MORAES FILHO, Antônio Evaristo de. Crimes contra a economia popular. In: *Direito penal dos negócios*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1999.

MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores*. Paris: Piaget, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte general*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. A responsabilidade penal e os crimes tributários. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n.8, 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro*. São Paulo, RT, 1987.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal do ambiente*. 2. ed. ver., atual. ampl. São Paulo: RT, 2009.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: UNESP, 1996.

REALE JR, Miguel. *Instituições de direito penal*. v.1, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminosa. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n.717, 1995.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3.ed. Lisboa: Veja, 1998.

_____. *Derecho penal. Parte General*. Madri: Civitas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 12 .ed. Porto: Edições Afrontamento, 1987.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. A responsabilidade das pessoas jurídicas e os delitos ambientais. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, n. 65, Edição Especial, 1998.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madri: Civitas, 1999.

_____. Aproximación al derecho penal contemporâneo. Barcelona: Bosch, 1992.

TAVAREZ, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, fasc.esp., dez. 1992.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Desafios do direito penal na era da globalização. In: *Revista Consulex*. Ano V, n. 106, 2001.