

# A PROTEÇÃO PENAL DO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E OS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

## LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y LOS MANDADOS DE CRIMINALIZACIÓN

**Andressa Paula de Andrade**\*

**Érika Mendes de Carvalho**\*\*

**Resumo:** O artigo trata do mandado de criminalização em matéria ambiental, tendo como ponto de partida o artigo 225, §3º, da Constituição Federal, realizando uma análise a fim de perquirir se o dispositivo refere-se a uma ordem expressa de criminalização ou se apenas importa em um indicativo de criminalização. Para tanto, parte-se da recepção do direito ao ambiente equilibrado como Direito Fundamental pelo constituinte originário de 1988 e, posteriormente, caracteriza-se o ambiente como bem jurídico-penal. Em seguida, passa-se à análise da força vinculante que a Constituição exerce sobre o Direito Penal e da possível inconstitucionalidade por omissão em caso de descumprimento da injunção constitucional.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental; Direito Penal Ambiental; Mandado constitucional de criminalização; Bem jurídico supraindividual.

**Resumen:** El artículo trata del mandado de criminalización en materia ambiental, y tiene como punto de partida el artículo 225, §3º, de la Constitución Federal, realizando un análisis con el propósito de investigar si el mismo hace referencia a un orden expreso de criminalización o sólo significa un indicativo de criminalización. Para ello, asume la recepción del derecho al ambiente equilibrado como Derecho Fundamental por parte del constituyente originario de 1988 y, después, caracteriza el ambiente como bien jurídico-penal. Posteriormente, se hace un análisis de la fuerza vinculante que la Constitución ejerce sobre el

---

\* Advogada. Pós-graduanda em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá. Membro do Núcleo de Estudos Penais da UEM.

\*\* Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza (Espanha). Professora Associada de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá. Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná. Coordenadora do Núcleo de Estudos Penais, do Núcleo de Estudos em Direito e Ambiente e da Pós-Graduação em Ciências Penais da UEM.

Derecho Penal y de la posible inconstitucionalidad por omisión en caso de incumplimiento del comando constitucional.

**Palabras-clave:** Derecho Ambiental; Derecho Penal Ambiental; Mandado constitucional de criminalización; Bien jurídico supraindividual.

## Introdução

Passados mais de vinte anos da vigência da Constituição Federal, o Código Penal, que data da década de quarenta do século passado, ainda continua a privilegiar – quase sempre – o bem jurídico patrimonial em detrimento de objetos jurídicos *metaindividuais* que se multiplicam com o advento da pós-modernidade.

Particularmente em seara ambiental, nota-se uma grande resistência por parte de determinado setor doutrinário liderado por Winfried Hassemer, no qual se dá atenção a um Direito Penal “nuclear”, a saber, calcado basicamente na proteção de bens jurídicos individuais, com a justificativa de que a tutela do aludido bem poderia implicar em uma flexibilização de princípios de garantia, tais como o princípio da legalidade e da ofensividade.

Da mesma maneira, o discurso de resistência à expansão da intervenção penal centra sua crítica de que a ciência jurídica tem deixado de ser a *ultima ratio legis* e passado a ser a *prima ratio legis*, vez que há uma desconsideração da oportunidade e conveniência da tutela de bens de cariz transindividual e até mesmo, a proteção do que se poderia qualificar como *falsos bens jurídicos*<sup>1</sup>. Essa argumentação se concentra no discurso de rechaço à expansão penal, dado que esta importaria na edificação de um Direito Penal essencialmente simbólico.

O discurso de resistência tem razão ao constatar que há um alargamento da punição, uma expansão de leis penais especiais e tutela de certos bens jurídicos com contornos vagos e imprecisos. É notável, hoje, que a sociedade de insegurança sentida confia sua liberdade ao Estado que lança mão de sua forma mais radical de intervenção sobre a liberdade individual, a saber, o Direito Penal. Entretanto, esquecem-se os resistentes de que o Direito Penal deve se modernizar em termos qualitativos – esse sim é o termo adequado –, repensar seus institutos jurídico-penais e adequá-los a determinadas necessidades de acordo com o contexto histórico e sua forma de Estado. Por isso, mister uma conexão constitucional-penal, com a finalidade de que a dogmática possa refletir as exigências de tutela que emanam do contexto político-social do presente.

---

<sup>1</sup> Cf. GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 102-104.

O artigo tem por objetivo examinar os limites da vinculação do legislador penal ao comando constitucional constante do parágrafo 3º do artigo 225 e, para tanto, no aspecto da análise doutrinária e legislativa, será utilizado principalmente o método lógico-dedutivo, que consistirá no estudo da matéria à luz dos conceitos jurídicos, delimitando sua efetividade.

A ausência de conexão entre o Direito Constitucional e a ciência jurídico-penal quase sempre resulta em consequências deletérias, seja de *lege ferenda* ou *lege lata*. Demais disso, pode haver uma inconstitucionalidade por omissão quando o legislador penal deixar de atender ao mandado de criminalização previsto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, olvidando-se de que não caberá a ele afastar a necessidade de tutela penal, vez que o constituinte originário já realizou o juízo de valor acerca da conveniência/oportunidade da intervenção penal, cabendo apenas ao legislador infraconstitucional disciplinar e tipificar as condutas mais lesivas sob o viés da fragmentariedade e da proporcionalidade.

## **1. Sociedade de risco e Direito Penal: pela modernização penal**

O termo sociedade de risco cunhado por Ulrich Beck, em 1986, em sua obra *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*<sup>2</sup>, revela uma preocupação não só com o passado – os danos já ocorridos –, mas também um olhar para o futuro. Para o sociólogo, os riscos não se esgotam em efeitos já ocorridos. Estes se baseiam em parte na extensão futura dos que atualmente são previsíveis e, ainda, na perda geral de confiança ou na “amplificação do risco”<sup>3</sup>. Assim, os riscos se encontram ligados a uma ideia de antecipação, a destruições que ainda não ocorreram - embora iminentes – e, assim, já são reais hoje<sup>4</sup>.

Ainda, para Beck, os riscos podem ser considerados como *reais* e *irreais*, afinal muitas ameaças e destruições já se materializaram atualmente (v.g. rios poluídos, destruição ambiental, extinção de espécies da flora e fauna, novas doenças, etc.). No entanto, a verdadeira força argumentativa do paradigma do risco<sup>5</sup> reside nas ameaças projetadas no

---

<sup>2</sup> Para maiores informações vide BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

<sup>3</sup> Idem, p. 39-43.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 39

<sup>5</sup> Atente-se ainda para o diagnóstico do sociólogo Zygmunt Bauman: “O medo é reconhecidamente o mais sinistro dos demônios que se aninham nas sociedades abertas de nossa época. Mas é a insegurança do presente e a incerteza do futuro que produzem e alimentam o medo mais apavorante e menos tolerável. Essa insegurança e essa incerteza, por sua vez, nascem de um sentimento de impotência: parecemos não estar mais no controle, seja individual, separada ou coletivamente, e, para piorar ainda mais as coisas, faltam-nos as ferramentas que possibilitariam alçar a política a um nível em que o poder já se estabeleceu, capacitando-nos assim a recuperar e reaver o controle sobre as forças que dão forma à condição que compartilhamos, enquanto estabelecem o âmbito de nossas possibilidades e os limites à nossa liberdade de escolha: um controle que agora escapou ou foi arrancado de nossas mãos. O demônio do medo não será exorcizado até encontrarmos (ou, mais precisamente,

futuro. Isto posto, com a eventual transformação do risco em dano, a proporção da destruição impossibilitará qualquer resposta adequada. Destarte, o núcleo filosófico do risco encontra-se alicerçado no futuro e não mais no presente<sup>6</sup>.

Hodiernamente, o efeito de toda e qualquer ação possui a possibilidade de se propagar muito além do alcance de impacto rotinizante de controle. Assim, há a demanda pelo controle e o afã de se subjugar o desconhecido. O que torna o mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não-calculável*, fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de “risco” comumente se refere. Perigos não-calculáveis aparecem em um ambiente<sup>7</sup> que é, em princípio, irregular, onde as sequências interrompidas e a não-repetição de sequências se tornam a regra e a anormalidade, a norma. Ou seja, a incerteza sob outro viés<sup>8</sup>.

Para Jesús-María Silva Sánchez, o panorama da atual sociedade pode ser definido como de “insegurança sentida” ou sociedade do medo, sendo que o traço mais marcante e significativo da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, a saber, a potencialização do convívio com os novos riscos – tecnológicos e não tecnológicos. Da mesma maneira, a abundância informativa e a ausência de critérios de decisão sobre o que se torna escorreito ou não, sobre o que é confiável ou não, constituem fontes permanentes de dúvidas e incertezas, aumentando a ansiedade e a insegurança<sup>9</sup>.

Na gênese da epistemologia moderna, a alta tecnologia – v.g. energia nuclear, indústria aeronáutica, indústria química, manipulação de fármacos, etc. – com grande possibilidade de realização de segurança, passou a ser encarada como setor que fomenta e

---

*construirmos*) tais ferramentas”. (BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 32).

<sup>6</sup> BECK, Ulrich, op. cit., p. 40.

<sup>7</sup> Para que se conheça o *discurso de resistência em relação à modernização penal* da Escola de Frankfurt indicamos Winfried Hassemer que apregoa que: “... as exigências atuais (por exemplo, no campo da proteção ambiental, ou, por exemplo, do lado feminista, a finalidade de antidescriminalização) de estabelecer o Direito Penal como instrumento de pedagogia popular: para “sensibilizar” as pessoas. Aqui, de modo algum se destaca se o emprego do meio jurídico é “adequado” ou inteiramente “justo” – quando somente se pode alcançar o objetivo de chamar a atenção da população para o fato de que se deve reparar na beleza do meio ambiente ou na violência contra as mulheres. Inclusive, a tendência progressiva de instituir o Direito Penal não mais como *ultima*, mas como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas sociais, é, nesse contexto, um bom exemplo de uma fecunda orientação pelas consequências. Em face das “grandes perturbações” sociais atuais, mas também em face de experiências pontuais, como a construção de uma fábrica de gás venenoso na África do Norte com o auxílio alemão ou *doping* de esportistas, ressoam como os primeiros de chamada, de acordo com o legislador penal”. Cf. HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano 3, n. 18, fev./mar. 2003, p. 149.

<sup>8</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 129-130.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira. 2 ed. São Paulo: RT, 2011, p. 40-41.

transcende limites de regulamentação, principalmente quando posta em realização. A ocorrência desse fenômeno levou a um desenvolvimento do setor de segurança com a finalidade de salvaguardar os processos técnicos e simplificar o funcionamento e a intervenção humana<sup>10</sup>. Contudo, os processos securitários passaram a ser verdadeiros incrementadores dos riscos, com a aplicação de mais tecnologia no processo de controle, não elidindo eventuais possibilidades de falhas e de interconexões inesperadas e desastrosas<sup>11</sup>.

Ao Direito Penal incumbe selecionar quais riscos são merecedores de tutela penal e ajustar a dogmática ao hodierno paradigma do risco. Esta é a modernização<sup>12</sup> qualitativa, efeito positivo e necessário à ciência jurídico-penal. Em primeiro lugar, esse processo importa avaliar se a aparição de novos objetos em determinado momento conduz à alteração da forma dos preexistentes (aspecto formal da modernização). Em segundo lugar, o reconhecimento de novos bens provocará uma ruptura com uma situação anterior, resultando em uma modificação substancial da mesma (aspecto material da modernização)<sup>13</sup>.

Merece destaque que a atuação da dogmática penal frente aos novos riscos não confere a ela o adjetivo de *Direito Penal do risco*, vez que a ciência penal é una e harmônica. O emprego do termo poderia resultar em uma fragmentação penal – como se houvesse dois

---

<sup>10</sup> “Importante a consideração de Hannah Arendt em relação aos processos científicos modernos e sua tentativa de subjugar o que outrora parecia impossível em termos de conhecimento, evidenciando a falsa sensação de domínio científico: “O mundo da experimentação científica parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações das configurações que ele mesmo criou. No momento em que ele deseja aquilo que todas as épocas eram capazes de fazer, ou seja, experimentar a realidade daquilo que ele próprio não é, verifica que a natureza e o universo ‘se escapam’, e que é impossível representar um universo construído segundo o comportamento da natureza durante o experimento e de acordo com os próprios princípios que o homem é capaz de traduzir tecnicamente em realidade prática. O fato novo não é que existam coisas das quais não podemos formar uma imagem – essas ‘coisas’ sempre foram conhecidas, e entre elas estava a ‘alma’ -, mas sim que as coisas materiais que vemos e representamos e a partir das quais medimos as coisas imateriais que não podemos visualizar, sejam igualmente ‘inimagináveis’. Com o desaparecimento do mundo tal como dado aos sentidos, desaparece também o mundo transcendental, e com ele a possibilidade de transcender-se o mundo material em conceito e pensamento. Não é surpreendente, portanto, que o novo universo seja apenas ‘praticamente inacessível mas nem ao menos imaginável’, pois, ‘não importa como o concebamos, está errado; talvez não tão desprovido de sentido como um ‘círculo triangular’, mas muito mais absurdo que um ‘leão alado’”. Cf. ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2007, p. 301-302.

<sup>11</sup> Vide MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 54.

<sup>12</sup> Modernização Penal deve ser diferenciada do termo Expansão Penal. Compreende-se que este último trata de grave e funesto fenômeno, vez que o campo de incidência penal é alargado e desvinculado de qualquer racionalidade penal, acarretando um simbolismo penal e a confecção de leis carentes de objeto jurídico. Já a modernização é o efeito positivo e necessário do Direito Penal, eis que qualquer ciência é passível de evolução conforme as necessidades que exurgem do contexto social e político.

<sup>13</sup> GRACIA MARTIN, Luis. ¿Qué es modernización del Derecho Penal? In: GRACIA MARTIN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA, 2004, p. 722.

ordenamentos penais, o que não é verdade – desarrazoada<sup>14</sup>. Isto posto, a melhor nomenclatura do fenômeno que amplia a intervenção do Direito Penal a novos riscos é, por sem dúvida, *modernização* do Direito Penal. Este é o processo que a dogmática penal vem sofrendo, não significando uma divisão ou setorização científica.

É forçoso que a ciência jurídico-penal, ante o cenário contemporâneo, mantenha-se fiel ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, isto é, de bens, situações e relações fundamentais do indivíduo e da comunidade em face de condutas que lesionem ou exponham a perigo tais objetos jurídicos. Obviamente, o trabalho de avanço do Direito Penal sem o abandono de seus elementares princípios demanda uma extensa discussão, bem como cuidadosa seleção, de acordo com o momento histórico, das condutas passíveis de punição, incorporando algumas e eliminando outras<sup>15</sup>, conforme o modelo de Estado vigente e suas exigências.

A configuração da sociedade de risco influenciará altamente o Direito Penal, vez que o progresso científico e tecnológico ampliou os riscos e submeteu o presente e o futuro às consequências desse avanço. Com a complexidade social que se forma, exsurtem as dificuldades de se atribuir a responsabilidade penal pela prática de qualquer conduta perigosa<sup>16</sup>. Com esse cenário de incertezas, a política criminal contemporânea assume a complexa tarefa de investigar as verdadeiras causas que provocaram os danos e deslindar aqueles que poderão em tese, provocar lesões a bens jurídicos futuros.

Ser moderno (ou contemporâneo), sob o aspecto penal, significa sobrepujar o tempo presente, transformar o tempo e colocá-lo em relação a outros tempos, lendo e relendo a história de modo inédito segundo uma necessidade – *in casu*, a reação ante aos novos riscos –, não conforme seu arbítrio, mas sabendo reconhecer as demandas que se manifestam<sup>17</sup>.

## **2. Estado de Direito Socioambiental: recepção do bem jurídico-penal ambiente como direito fundamental**

### **2.1. Considerações constitucionais**

---

<sup>14</sup> Cf. AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 123-125.

<sup>15</sup> Cf. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Genética, biotecnologia e ciências penais*. Trad. Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 22-26.

<sup>16</sup> Vide CALLEGARI, André Luis. Sociedade de risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luis (Org.). *Direito Penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 21-42.

<sup>17</sup> Vide AGAMBEN, Giorgio. *O que é ser contemporâneo? E outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009, p. 72.

Compreender a conceituação do bem jurídico ambiente é um desafio, pois o objeto em nada se assemelha às concepções clássicas – individuais – de bens jurídicos. Outrossim, a barreira para a compreensão reside em sua natureza interdisciplinar<sup>18</sup>, não se limitando a meras construções jurídicas, requerendo uma consciência e compreensão holística da realidade ambiental, transcendendo qualquer limitação dogmática<sup>19</sup>.

Com sua natureza *metaindividual*, é impossível a setorização do bem ambiente (florestas, rios, fauna, etc.), enquanto ecossistema, não permitindo uma concepção sem a integralidade de seus componentes, constituindo um único bem imaterial (perspectiva sistêmica)<sup>20</sup>. Desse modo, aparece ambiente como bem jurídico transindividual ou macrosocial que se direciona ao coletivo ou social, de titularidade indeterminada e cuja lesão possui natureza extensiva<sup>21</sup>.

Os antecedentes dessa recepção do ambiente enquanto bem jurídico possuem sua gênese no afã de conquista por bens escassos e essenciais. Isso tende a aumentar com o agravamento da crise ambiental, traduzida na escassez do petróleo, aumento da população, impreterível necessidade de redução da pobreza, enfrentamento da intensificação da degradação do solo, ausência de água destinada ao consumo, perda de biodiversidade, etc. Ante este cenário desalentador, não poderá a ciência penal deixar de atuar, devendo avocar para si – dentro de sua estrutura principiológica – a tutela subsidiária do ambiente<sup>22</sup>.

O artigo 225<sup>23</sup> da Constituição Federal revela que a proteção ambiental passa a ser prioridade absoluta na manutenção do ambiente equilibrado, caracterizando agora autêntico

---

<sup>18</sup> Neste sentido, saliente-se que a noção genérica de meio ambiente pode ser construída a partir de diversas perspectivas teóricas e de escalas, considerando-se a opção escolhida uma especificação científica. Isto se deve ao caráter interdisciplinar ou transdisciplinar do meio ambiente e por se tratar de um tema dinâmico e em constante estado de transformação. Cf. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. *Revista Sequência*. Florianópolis, v. 21, n. 41, out./dez. 2000, p. 116.

<sup>19</sup> Cf. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 164.

<sup>20</sup> Idem, p. 165.

<sup>21</sup> PRADO, Luis Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 78.

<sup>22</sup> Para maiores detalhes sobre a matéria, cf. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 228-229.

<sup>23</sup> “Verificando a importância do meio ambiente, porquanto este é um direito fundamental, bem de uso comum do povo, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei 9.605/98, a qual disciplinou os crimes ambientais, atento ao preceito trazido pelo art. 5º, XLI, da Constituição Federal, que determina: “XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Desse modo, fez-se com que a tutela do meio ambiente fosse implementada através da forma mais severa de nosso ordenamento: pela tutela penal. Além disso, a mesma Lei n. 9.605/98 inovou consideravelmente o ordenamento jurídico-penal, pois, em conformidade com o art. 225, §3º, da Constituição Federal de 1988, trouxe a possibilidade da penalização da pessoa jurídica”. Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

direito fundamental<sup>24</sup>. Ter natureza de direito fundamental significa dizer que possuirá primazia na interpretação e aplicação no ordenamento jurídico. A fundamentalidade revela-se pelo conteúdo de direito (o que é dito: referências aos valores supremos do ser humano e preocupação com a promoção da dignidade da pessoa humana) e também pela posição normativa (onde e como é dito: expressão no ordenamento jurídico como norma da Constituição). Assim, concorrem ambos os critérios – materiais e formais – para definir o caráter fundamental de um direito<sup>25</sup>.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a assunção de um modelo de Estado com caráter de *socioambiental*, que apresenta como eixo central o artigo 225 do referido diploma. A efetivação do direito fundamental ao ambiente equilibrado pode ser realizada consoante o previsto no artigo 5º, LXXIII, da CF (ação popular manejada por qualquer cidadão), que também conferiu ao Ministério Público<sup>26</sup>, como uma de suas funções essenciais, a promoção da ação civil pública para a proteção do ambiente.

Logo, pode-se sustentar que a Constituição é fundamento e limite ao Direito Penal, figurando como quadro referencial obrigatório da atividade punitiva<sup>27</sup>, representativo do conteúdo axiológico fundamental para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal. Assim, o legislador penal encontrará um objeto dado *a priori*, constituído por uma ordem de valores ditada pela Constituição e que se faz, por essa razão mesma, pré-constituída ao legislador<sup>28</sup>.

No mesmo sentido, entende-se que o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 condensa o pensamento do constituinte originário, vez que o vincula diretamente ao direito à vida e ao direito à saúde. Tal característica não macula sua autonomia e sua característica de

---

<sup>24</sup> “Os direitos fundamentais não surgem das elucubrações dos legisladores, mas por estes são reconhecidos e constitucionalizados, isto é, a positivação dos direitos fundamentais, representa o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação no terreno ideológico, das ideias de liberdade e da dignidade humana”. Vide SOUZA, Demétrius Coelho; CARDOSO, Sônia Letícia de Mélo. Estudo prévio de impacto ambiental. *Revista de ciências jurídicas*. Maringá, vol. 7, n. 1, jan./jun., 2009, p. 45-46.

<sup>25</sup> Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, ano 7, n. 18, out./dez. 1999, p. 55.

<sup>26</sup> Plauto Faraco de Azevedo critica a dificuldade de aplicação ou não aplicação do Direito Ambiental, afirmando que este moderno ramo do Direito precisa de uma sistematização de suas normas que são profusas. Assim, deve este setor organizar-se e conferir uma organicidade, eliminando antinomias e harmonizando-se com todo o ordenamento jurídico. Outro aspecto crítico para o aludido autor é que grande parte dos juízes continuam apegados a tutela clássica – individual – de bens, acreditando que os delitos ambientais são delitos “menores” comparados aos já consolidados pelo Direito Penal. Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 100-101.

<sup>27</sup> Para maior aprofundamento consulte ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>28</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61.

direito transindividual, pois o fato de se encontrar estreitamente ligado a outros objetos jurídicos apenas reforça a harmonia do ordenamento jurídico. Ainda, trata-se de direito com estrutura *bifronte*, a um só tempo negativa – associada a um *non facere* – e positiva, direito que comanda prestações positivas do Estado e da Sociedade<sup>29</sup> consubstanciadas em políticas públicas, deveres de proteção, etc.<sup>30</sup>

Da maior importância foi a acolhida constitucional da proteção ao ambiente de forma autônoma e direta, pois as normas constitucionais não revelam apenas uma ideologia constituinte em dado momento, mas são dotadas de eficácia e aplicação imediata. De conseguinte, qualquer afronta a seu texto poderá ser arguida mediante os remédios disponíveis para o controle de constitucionalidade, obrigando uma interpretação e aplicação das normas referentes ao ambiente em conformidade com a Constituição<sup>31</sup>.

A elevação do “grau de normatividade”<sup>32</sup> da Constituição, e a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais<sup>33</sup> são claras manifestações do *neoconstitucionalismo*. Essa conceituação proclama como efeito a verdadeira transformação da Constituição, a qual deixa de ser mero catálogo de recomendações políticas para se tornar uma gama de preceitos vinculantes capaz de promover autênticas modificações sociais. Em decorrência desse atributo, para a adequada leitura do texto constitucional, mister a satisfação de certos pressupostos inalienáveis, a saber, ponderação, proporcionalidade, maximização dos direitos fundamentais e reconhecimento de sua projeção horizontal, entrelaçada com os deveres de proteção estatal<sup>34</sup>.

Outro aspecto importante a ser levado em consideração é que o ambiente ultrapassa as fronteiras de qualquer Estado, sendo erigido como uma preocupação transnacional. Devido

---

<sup>29</sup> Para maiores detalhes, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123-125.

<sup>30</sup> Nesse sentido, argumenta-se que “o rol dos deveres de proteção ambiental do Estado traçado pelo § 1º do art.225 é apenas exemplificativo, estando aberto a outros deveres necessários a uma tutela abrangente e integral do ambiente, especialmente em razão do surgimento permanente de novos riscos e ameaças à Natureza provocadas pelo avanço da técnica, como é o caso, por exemplo, do aquecimento global. O Estado, nesse contexto, não está apenas ‘habilitado’, mas sim ‘obrigado’ a normatizar condutas e atividades lesivas ao ambiente como, por exemplo, com a tipificação de crimes ambientais ou de infrações administrativas, bem como por meio da regulamentação da responsabilidade civil do poluidor pelos danos causados ao ambiente” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. São Paulo: RT, 2011, p.186).

<sup>31</sup> Cf. MILARÉ, Édís, op. cit, p. 161.

<sup>32</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 6.

<sup>33</sup> Maria da Glória Garcia compreende que: “...conscientizar no âmbito do Estado de Direito, o ambiente como bem jurídico fundamental, como bem a preservar enquanto dele decorre a manutenção da vida na Terra é, em certo sentido, abrir, dentro da Constituição, dois espaços de diálogo: um interno, entre os tradicionais direitos fundamentais, particularmente de base liberal, e a juridicização do bem ambiente, e outro aberto ao exterior, entre a pessoa localmente situada com todos os outros (direitos fundamentais), mais ou menos próximos”. Vide GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281.

<sup>34</sup> FELDENS, Luciano, op. cit, p. 31-36.

ao estreitamento das fronteiras e ao processo de globalização, as catástrofes serão capazes de atingir países que se quer deram causa ao evento lesivo, daí a importância da detecção de riscos e da prevenção a nível mundial, especialmente quando o assunto é o meio ambiente. A fim de se corroborar esse processo preventivo, os países elaboram normativas de cooperação internacional, formulando diretrizes para a tutela de objetos jurídicos que - a exemplo do ambiente - transcendem qualquer ordenamento jurídico singular<sup>35</sup>.

## 2.2. A recepção penal do ambiente enquanto bem jurídico

Vencidas essas considerações sobre a recepção constitucional do ambiente, impende verificar o reconhecimento, pelo Direito Penal, do ambiente como bem jurídico e os instrumentos disponíveis para a sua tutela. O Direito Penal voltado a tutela ambiental é, nessa perspectiva, manifestação autêntica do Direito Penal moderno, bem como também representa o campo no qual se desenvolve de modo preferente e especialmente intenso a polêmica atual sobre a modernização do Direito Penal<sup>36</sup>.

Faz-se oportuno esclarecer que a dogmática penal não pode olvidar sua base fundante e principiológica que é erigida com lastro na exclusiva proteção de bens jurídicos, ainda que os novos bens requeiram um profícuo estudo para sua delimitação. Essa característica é o que diferencia o Direito Penal dos demais ramos do ordenamento jurídico, aliada, obviamente, aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

Para Luiz Regis Prado, “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Ademais, deverá estar em consonância com o quadro axiológico vazado na Constituição<sup>37</sup> e conforme as diretrizes do Estado Democrático e Social de Direito<sup>38</sup>”.

---

<sup>35</sup> Cf. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Derecho Ambiental: fundamentación y normativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 49.

<sup>36</sup> Vide GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 60.

<sup>37</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 44.

<sup>38</sup> Diferentemente da concepção de Luiz Regis Prado, há a conceituação político-criminal de bem jurídico, onde o objeto deve estar vazado na Constituição, porém não se limita a um espelho dos valores constitucionais, pois, somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal. Esses valores podem ser pertinente aos indivíduos ou a coletividade, justificando a concepção dualista de bem jurídico. Cf. GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 78-97.

O bem jurídico-penal<sup>39</sup> deve alcançar proteção no âmbito das normas penais quando os demais ramos do Direito se revelarem insuficientes na tutela a ele dispensada<sup>40</sup>. Para que se evitem as deletérias consequências de um expansionismo penal sem limites, faz-se necessário assumir uma roupagem *liberal-garantista* da noção de bem jurídico, que lhe permita estar em harmonia com o princípio fundamental da *ultima ratio* que rege a intervenção penal<sup>41</sup>. Assim sendo, quando outros ramos do ordenamento (v.g. Direito Administrativo, Direito Civil, etc) puderem tutelar satisfatoriamente o bem jurídico, não caberá a atuação do Direito Penal, vez que sua função de salvaguarda dos objetos jurídicos é subsidiária.

Para a delimitação correta do bem jurídico ambiente – especialmente em sede penal – filia-se aqui à concepção intermediária<sup>42</sup>, que abarca fundamentalmente os aspectos físicos e biológicos e o moderado antropocentrismo, em que cada um dos elementos naturais, bem como o conjunto por eles formado, constitui o ambiente (sendo parte dele a natureza, com os elementos água, ar, solo, a fauna e a flora e o conteúdo da relação homem-meio). A limitação do ambiente às estruturas naturais inclui: os meios ambientais (solo, água, atmosfera e ausência de poluição sonora); os fatores ambientais: inanimados (temperatura, umidade), físicos (animais, plantas e outros seres vivos) e o ecossistema em seu conjunto (com seus diversos processos de transformação da matéria, reservas energéticas e numerosos subsistemas). Além disto, convém precisar os bens *bióticos* – tanto os de índole individual, fauna e flora de uma determinada região, como as completas espécies ou famílias ambientais, contribuintes cultural à história da humanidade, e, ainda, o ecossistema em seu conjunto, que envolve os bens *biológicos* da comunidade e, estabelecendo relações de interdependência,

---

<sup>39</sup> Juarez Cirino dos Santos, sob o viés da criminologia crítica, considera que o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui *objeto* de proteção – e poderia ser aflitivo imaginar o que aconteceria com a vida e a sexualidade humanas se não constituíssem *objeto* de proteção penal (mas de simples indenização, por exemplo). A tese de bem jurídico como critério de criminalização e como objeto de proteção penal – ainda que concreta lesão do bem jurídico, indique a ineficácia da proteção -, não só mostra o Direito Penal como garantia das formações sociais capitalistas, mas mostra a sobrevivência das atuais sociedades *desiguais* pela proteção penal de seus valores fundamentais. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 8-9. No mesmo sentido ver BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116.

<sup>40</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17.

<sup>41</sup> Cf. GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel Sánchez. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999, p. 74-75.

<sup>42</sup> Érika Mendes de Carvalho compreende que a delimitação do bem jurídico ambiente deve ser calcada na vertente naturalista do bem. Nesse sentido, o ambiente colocaria de lado toda a problemática urbanística e territorial, sendo parte dele a natureza, com os elementos água, ar, solo, a fauna e a flora e o conteúdo da relação homem-meio. Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: RT, 1999, p. 133.

configuram o espaço vital em sentido estrito<sup>43</sup>. Esta posição intermediária é a mais acertada, elidindo qualquer conceituação abstrata ou vaga de bem<sup>44</sup> jurídico.

A delimitação conceitual do bem jurídico ambiente é de suma importância para a atuação do Direito Penal, eis que recortado seu campo de incidência, evitando de forma efetiva a inflação e a manifestação de um nefasto simbolismo penal<sup>45</sup> na tutela ambiental. Se como dito alhures, o bem jurídico é reconhecido e dado em determinado momento histórico, revelando a ideologia da ordem constitucional vigente, o ambiente representa essa máxima traduzida pela norma encartada no artigo 225 da Constituição Federal, revelando uma transição de valores e comportamentos<sup>46</sup>.

A Lei 9.605/98 é exemplo paradigmático de recepção do ambiente enquanto merecedor de tutela penal. As críticas à sua elaboração são, porém, deveras acertadas, eis que na referida normativa o fenômeno expansionista é acentuado e, por vezes, verifica-se uma tutela vaga e com a finalidade de educação da sensibilidade ecológica<sup>47</sup>. Do mesmo modo, a referida legislação penal não se limita à proteção do ambiente naturalístico e alarga a tutela a outros bens coletivos – a saúde pública – e difusos – como o patrimônio cultural e a ordenação do território<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> PRADO, Luis, op. cit., p. 117.

<sup>44</sup> Vale dizer sob um aspecto constitucional que o bem ambiental não pode ser rotulado como bem público, devendo, sim, ao contrário, ser considerado como um bem de interesse público, cuja administração, uso e gestão devem ser compartilhados e solidários com toda comunidade, inspirados em um perfil de democracia ambiental. Nota-se que, no Estado democrático ambiental, o bem ambiental deve pertencer à coletividade, e não integra o patrimônio disponível do Estado, impedindo o uso irracional e autoritário do patrimônio ambiental pelo poder público e pelo particular. Trata-se, assim, de uma verdadeira realização de justiça social ambiental, em que sua consecução deva ser compartilhada por todos os componentes da sociedade. Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000, p. 37.

<sup>45</sup> Todavia, Márcia Elayne, de forma pessimista, esclarece que, apesar de constitucionalizada, a proteção ambiental pela esfera penal aparenta ser nada mais do que uma função simbólica ou promocional do Direito Penal (tranquilizadora de opinião e meio de promoção política). Esse tipo de legislação é desnecessária, pois deveria ser somada ao implemento de políticas públicas ambientais efetivas, as quais também são descritas no art. 225 da Constituição. Cf. MORAES, Márcia Elayne Berlich de. *A (in)eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade de risco (Lei n.º. 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 74.

<sup>46</sup> Cf. RAMOS, Érika Pires. Direito Ambiental Sancionador: conexões entre as responsabilidades penal e administrativa. In: MAIA, Alexandre da. *A aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 92.

<sup>47</sup> HASSEMER, Winfried. *Direito Penal: fundamentos, estrutura e política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 249-250.

<sup>48</sup> Diferentemente da delimitação naturalística de meio ambiente, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Christiany Pegorari Conte asseveram que no campo infraconstitucional, o art. 3º da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) previa uma conceituação restrita e naturalista de bem jurídico. Entretanto, tais previsões foram ampliadas pela Constituição Federal de 1988 que além do meio ambiente natural (constituído pela atmosfera, elementos da biosfera, águas, mar territorial, solo, subsolo, recursos minerais, fauna e flora) passou a integrar ao conceito de ambiente o meio ambiente artificial (espaço urbano construído pelo homem), o meio ambiente cultural (previsto no artigo 216 da Constituição Federal), o meio ambiente do trabalho (local de desenvolvimento das atividades laborais), patrimônio genético e, até mesmo, o meio ambiente digital. Cf. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo: RT, 2012, p.15.

Cabe reconhecer, todavia, inúmeros equívocos dogmáticos que ocorreram com a tutela penal ambiental, tais como a ausência de delimitação de bem jurídico a ser tutelado (v.g. artigos 49, 51, 52, 67, 68, entre outros) e a punição de atos preparatórios (v.g. artigos 51 da Lei 9.605/98, onde se pune a comercialização de motosserra, e 52, onde se criminaliza a mera penetração em Unidade de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para a caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente). Nos dois casos, não há lesão ou perigo de lesão ao ambiente, posto que a punição se exaure em meros atos preparatórios, revelando uma carência de técnica legislativa do legislador<sup>49</sup> e a violação de princípios penais de garantia. Em síntese, embora se reconheça que o legislador infraconstitucional tenha obedecido ao mandamento de criminalização previsto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, lançando mão da introdução de normas incriminadoras de condutas até então alheias à intervenção jurídico-penal, isso não importa em ajuste automático aos ditames de um Estado Socioambiental de Direito. Faz-se necessário-, portanto, que a intervenção criminalizadora selecione unicamente condutas lesivas ou (potencialmente) perigosas à incolumidade do ambiente, já que o caráter subsidiário do Direito Penal exige o respeito intransigente aos princípios constitucionais que orientam qualquer criação normativa em sede penal.

### **3. Mandado de criminalização em matéria ambiental: o ajustamento do Direito Penal à Constituição**

Tecidas as considerações a respeito da constitucionalização do ambiente enquanto direito fundamental e acerca de sua recepção, também, como bem jurídico-penal, passa-se à análise da força vinculante (ou não) do artigo 225, §3º, da Constituição Federal, verificando se o dispositivo é um genuíno mandado *expresso* de criminalização, o que vincularia de forma absoluta o Direito Penal ou se, a *contrario sensu*, resultaria em simples indicação de criminalização, o que conferiria margem de discricionariedade ao legislador penal, cabendo a ele a tutela ou não do meio-ambiente.

---

<sup>49</sup> Importante a crítica realizada por Fábio D'Ávila que afirma que: "...o direito penal ambiental impulsionado pela pretensão de oferecer uma ampla tutela aos bens jurídicos ambientais e, de outro, por dificuldades dogmáticas, muitas vezes insuperáveis, de verificação causal dos danos que, não raramente, se perde na multiplicidade e cumulatividade de fatores, no tempo diferido, na incerteza sobre a própria relação causa-efeito ou em danos transfronteiriços, o direito penal ambiental tem sido marcado por uma forte antecipação de tutela, na qual o demasiado distanciamento entre a conduta e o objeto de proteção da norma tem favorecido, significativamente, a formulação de tipos de ilícito meramente formais, nos quais a violação do dever passa a ocupar espaço tradicionalmente atribuído à ofensividade. Daí não surpreender o grande número de crimes de perigo abstrato e dos denominados crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental". Cf. D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 107-108.

Janaína Conceição Paschoal<sup>50</sup> afirma que reconhecer que o constituinte originário já teria avaliado a necessidade da tutela penal, obrigando, dessa maneira a criminalização de condutas lesivas, resultaria na abdicação do caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda, em desconsideração dos princípios informadores do Direito Penal mínimo, que pauta-se pela necessidade efetiva - e não somente formal - da proteção penal. Igualmente, seria uma incongruência pregar que o Direito Penal deva ser a *ultima ratio legis* e, em seguida, admitir que o Estado dele venha se valer ainda que não represente a melhor forma de tutela<sup>51</sup>.

Jungida a essa postura, está a assertiva de que o modelo de Estado (democrático) adotado pelo ordenamento pátrio possui o compromisso de garantir de forma permanente a liberdade do homem, o que vincula sua restrição às hipóteses nas quais seja realmente imprescindível. Conforme esse raciocínio, o mandamento criminalizador seria uma renúncia expressa ao princípio da intervenção mínima, encartado na ordenação axiológica de um Direito Penal construído sob aquele paradigma jurídico-político. Com o objetivo de evitar essa grave violação ao pressuposto político criminal, de caráter restritivo, que garante autonomia e autenticidade ao Direito Penal sempre que sua intervenção seja limitada e seletiva, defende-se a interpretação de que o referido dispositivo significa tão-somente um indicativo de criminalização, que exigirá sempre uma cautelosa seleção das condutas efetivamente lesivas ou (potencialmente) perigosas ao bem jurídico em questão, em rigoroso respeito aos princípios constitucionais de garantia.

Contudo, um segundo setor doutrinário afirma que a vinculação do legislador ordinário ao comando constitucional é absoluta, dirimindo qualquer dúvida quanto à viabilidade de criminalização em matéria ambiental. A existência do mandado de criminalização expresso em matéria ambiental não exclui a necessidade de detida análise, em um segundo momento, acerca da relevância das condutas que se pretende incriminar a fim de bem delimitar o campo de incidência do Direito Penal e precisar o momento em que a lesão e o perigo de lesão assumem projeção hábil a justificar a intervenção criminalizadora. Essa

---

<sup>50</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003, p. 84-85. Ainda nesse sentido, vide OLIVEIRA, Leonôra Azevedo de. A proteção do bem jurídico ambiental e os limites do Direito Penal Contemporâneo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.78.

<sup>51</sup> Miguel Reale Júnior preceitua que: "...há na Constituição um mandamento de se estatuir a responsabilidade penal dos autores de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, não sendo a meu ver tal determinação cogente ao legislador ordinário, pois há sempre de se examinar a questão seja pelo ângulo do merecimento da pena, da dignidade do bem jurídico, em face das características específicas do comportamento típico, seja sob a perspectiva da necessidade e conveniência da repressão penal, mormente em face da possibilidade de maior eficácia da intervenção penal na defesa e proteção do meio ambiente". Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, São Paulo: RT, n. 2, ano 2, jan./jun. 2005, p. 70.

verificação demanda o cotejo da incriminação pretendida com os princípios penais de garantia<sup>52</sup>, com o escopo de se evitar o comprometimento da eficácia e legitimação da tipificação proposta<sup>53</sup>. Assim, a criminalização pretendida deverá fundar-se, primeiramente, na força normativa constitucional, mas também exigirá a detida valoração da oportunidade e conveniência<sup>54</sup> da tutela – em harmonia com os princípios da fragmentariedade e da lesividade<sup>55</sup> – aliada, de igual modo, à escolha da melhor técnica legislativa a ser empregada na construção do injusto.

A cognição do mandado de criminalização em matéria ambiental não poderá se dissociar do bem ambiente, de natureza transindividual e com caráter de direito fundamental. Com efeito, o pressuposto da dignidade penal reivindica uma tutela efetiva do bem. Neste sentido, é se reconhecer que a Constituição Federal impõe ao legislador o dever de editar normas de Direito Penal protetivas dos bens que define como relevantes, mas impõe um âmbito irrenunciável de tutela<sup>56</sup>. E traça, através de princípios, limites materiais à intervenção penal.

Nessa perspectiva, a Constituição revela uma preocupação com a implementação de direitos e deveres relacionados à eficácia da proteção do ambiente. Com vistas à efetivação do direito fundamental ao ambiente, o legislador ordinário se encontra absolutamente vinculado à ordem constitucional, notadamente ao seu arcabouço principiológico.

Consequentemente, onde o legislador constitucional aponte expressamente a necessidade de intervenção penal para a tutela de determinados bens jurídicos, o legislador ordinário deverá seguir essa injunção e criminalizar os comportamentos respectivos, sob pena

---

<sup>52</sup> PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 79-81.

<sup>53</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, 41-43.

<sup>54</sup> Arroyo Zapatero ao abordar o Direito Penal econômico com um viés constitucional critica que deve haver uma idoneidade na tutela penal, revelando uma efetiva *capacidade de proteção penal*. Assim, a tipificação de uma conduta será inadequada quando não obtiver proteção alguma ou a sua tipificação trazer mais prejuízos do que benefícios. Obviamente a crítica serve ao Direito Penal Ambiental, principalmente se o foco for a Lei 9.605/1998 onde há diversas criminalizações desnecessárias, prejudicando até mesmo um desenvolvimento ambiental e econômico. Cf. ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. Derecho Penal económico y Constitución. *Revista Penal La ley*. Barcelona, ano 1, fasc. 1, ene./mar. 1998, p. 4.

<sup>55</sup> Díez Ripollés adverte que: “...os constitucionalistas ignoram a complexidade e mutabilidade das atuais sociedades, bem como a pluralidade de frentes sociais a que deve entender, dados que não podem passar despercebidos quando se parte de um escrupuloso respeito aos princípios de lesividade, essencialidade ou fragmentariedade, e subsidiariedade do Direito Penal. Propõem um modelo rígido de sociedade, escassamente dinâmico ou submetido ao arbítrio das interpretações judiciais, numa nova versão do fenômeno da judicialização. A escassa e sempre perigosa, margem de autonomia outorgada ao legislador ordinário constitui um freio à acomodação do subsistema de controle social penal à evolução das necessidades coletivas e à consideração de modificações valorativas importantes que vão acontecendo no seio da sociedade, as quais a Constituição se converte em grande parte, através de sua superinterpretação, em um obstáculo”. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 193.

<sup>56</sup> Cf. CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: RT, 2008, p. 59.

de uma inconstitucionalidade por omissão<sup>57</sup> que poderá ser conhecida mediante ação constitucional nos termos do art. 102, I, a e art. 103, §2º da Constituição Federal.

Em síntese, os mandados de criminalização<sup>58</sup> não oportunizam ao legislador infraconstitucional valorar a legitimidade da intervenção penal, vez que esta já foi delineada pela Constituição Federal. Entretanto, caberá ao legislador ordinário em matéria penal selecionar a melhor técnica a ser dispensada à proteção do bem jurídico-penal ambiente<sup>59</sup>, aproximando o sistema penal do pensamento constitucional moderno.

#### 4. Conclusão

Feito o panorama da caótica sociedade de risco e seus cursos causais incertos, constata-se que a regência social fica por conta do medo, da ansiedade, da insegurança sentida e, claro, uma sociedade de sujeitos passivos, onde todos são vítimas em potencial de um desastre ecológico ocasionado pelo incremento de tecnologias densas.

Atento a essa ingente transformação social, o Direito é convocado a atuar, devendo oferecer uma resposta satisfatória aos danos presentes e à evitação daqueles futuros e incertos, pois resta consignado pelos diversos ramos científicos que uma possível lesão ao bem jurídico ambiente será fatal e irreversível.

Por certo, na medida em que as investigações científicas consigam subjugar de maneira absoluta e/ou controlar devidamente tais riscos, à ciência jurídica já não fará mais sentido sua atuação. Mas enquanto forem desconhecidos os cursos causais, a atuação jurídica será imprescindível.

Com vistas ao enfrentamento dessas transformações e ante o paradigma da sociedade de risco, incumbirá ao Direito Penal modernizar-se – diferentemente de expandir-se sem freios –, revisitando seus institutos e projetando novos fins à sua intervenção, sem que isso implique exceção a seus princípios de garantia, a fim de alcançar a efetiva (e não meramente simbólica) proteção dos bens jurídicos ancorados na Constituição, especialmente daqueles bens de caráter transindividual.

Imerso na filosofia contemporânea, o constituinte originário elegeu os bens mais importantes, outorgando-lhes o caráter de direitos fundamentais e vinculando o ordenamento

---

<sup>57</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 80.

<sup>58</sup> "O caráter imperativo das normas jurídicas revela-se no determinar uma conduta positiva ou uma omissão, um *agir* ou um *não-agir*; daí distinguem-se as normas jurídicas em *preceptivas* –as que impõem uma conduta positiva – e em *proibitivas* –as que impõem uma omissão, uma conduta omissiva, um não-atuar, não-fazer". Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Melhoramentos, 2003, p. 67.

<sup>59</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 114.

– inclusive o jurídico-penal -, que deverá prestar obediência aos mandados expressos de criminalização, como aquele constante do parágrafo 3º, do art. 225, da Constituição Federal. Porém, a ordem expressa não engessará o legislador penal, que deve selecionar as condutas mais lesivas ou que ofereçam expressivo risco à incolumidade do bem jurídico ambiente e escolher o meio mais adequado à sua salvaguarda (postulado da fragmentariedade).

A não atenção à imposição constitucional expressa resultará em uma inconstitucionalidade por omissão<sup>60</sup>, que poderá ser arguida a qualquer tempo mediante ação constitucional com fulcro no art. 102, I, a e art. 103, §2º da Constituição Federal<sup>61</sup>.

Com o escopo de se evitar a mácula à ordem constitucional, caberá ao Direito Penal pautar sua atuação em seus princípios informadores e modernizar-se, na medida do possível, sempre em consonância com os princípios do Direito Ambiental (v.g. princípio da prevenção e princípio da precaução), realizando uma intervenção cuidadosa e ponderada.

## 5. Referências

AGAMBEN, Giorgio. *O que é ser contemporâneo? E outros ensaios*. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. Derecho Penal económico y Constitución. *Revista Penal La ley*. Barcelona, ano 1, fasc. 1, ene./mar. 1998.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

---

<sup>60</sup> “Enquanto a inconstitucionalidade por ação é inconstitucionalidade positiva, que se traduz na prática de ato violador da Constituição, a inconstitucionalidade por omissão é inconstitucionalidade negativa, que resulta de abstenção, inércia ou silêncio do poder político que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição. Isso significa que só há a omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação. A inconstitucionalidade por omissão pressupõe a exigência constitucional de ação. A omissão constitucional caracteriza-se: a) pela falta ou insuficiência de medidas legislativas; b) pela falta de adoção de medidas políticas ou de governo; c) pela falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública” (PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 2003, p. 89-90).

<sup>61</sup> “Pretende-se, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, suprir as lacunas inconstitucionais da ordem constitucional. Trata-se, pois, de instrumento voltado a preencher, de forma geral e abstrata, as lacunas inconstitucionais do ordenamento. A finalidade última é colmatar todas as lacunas inconstitucionais, para que, algum dia, todas as normas constitucionais alcancem eficácia plena e possam irradiar, com máxima eficácia, efeitos normativos”. (Idem, ibidem, p. 113).

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Derecho Ambiental: fundamentación y normativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- CALLEGARI, André Luis. Sociedade de risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luis (Org.). *Direito Penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: RT, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: RT, 2008.
- D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a constituição penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes ambientais*. São Paulo: RT, 2012.

- GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *O lugar do direito na protecção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.
- GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel Sánchez. *El moderno penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, 1999.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.
- GRACIA MARTIN, Luis. ¿Qué es modernización del Derecho Penal? In: GRACIA MARTIN, Luis. *Estudios de Derecho Penal*. Lima: IDEMSA, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Aflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano 3, n. 18, fev./mar. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal: fundamentos, estrutura e política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do Direito Ambiental e sua equidade intergeracional. *Revista Sequência*. Florianópolis, v. 21, n. 41, out./dez. 2000.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8 ed. São Paulo: RT, 2013.
- MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (in)eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade de risco (Lei nº. 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

OLIVEIRA, Leonôra Azevedo de. A proteção do bem jurídico ambiental e os limites do Direito Penal Contemporâneo. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: RT, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. São Paulo: RT, 2009

\_\_\_\_\_. *Direito Penal do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

RAMOS, Érika Pires. Direito Ambiental Sancionador: conexões entre as responsabilidades penal e administrativa. In: MAIA, Alexandre da. *A aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e Direito Penal brasileiro. *Ciências Penais*, São Paulo, RT, n. 2, ano 2, jan./jun. 2005.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Genética, biotecnologia e ciências penais*. Trad. Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista dos tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política*. São Paulo, ano 7, n. 18, out./dez. 1999.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal – parte geral*. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente*. São Paulo: RT, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Melhoramentos, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

SOUZA, Demétrius Coelho; CARDOSO, Sônia Letícia de Mélllo. Estudo prévio de impacto ambiental. *Revista de Ciências Jurídicas*. Maringá, vol. 7, n. 1, jan./jun., 2009.

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

