



1

A *RATIO* DO TIPO PENAL AMBIENTAL E OS FUNDAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ULYSSES MONTEIRO MOLITOR

Professor de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal, da Universidade Municipal de São Caetano do Sul – IMES; professor do Curso de Especialização em Direito Penal Constitucional, da Universidade Gama Filho/AB Cursos – Unidade Santo André; professor do Obscursos, de São Paulo; advogado; vice-coordenador da Escola Superior de Advocacia – Núcleo OAB de São Caetano; presidente da Comissão OAB vai à Faculdade, da 40ª Subseção de São Caetano do Sul; especialista em Direito Processual; mestrando em Direitos Difusos e Coletivos, pela Universidade Metropolitana de Santos – Unimes.

Resumo

O presente artigo pretende desenvolver uma análise do tipo penal ambiental e sua finalidade, perante os fundamentos constitucionais de Direito Ambiental e de Direito Ambiental Criminal, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil. A relevância do estudo se faz presente, na medida em que o tipo penal ambiental indica conflitos com princípios do Direito Penal clássico e se apresenta como instrumento eficaz de proteção ao bem ambiental.

Abstract

This article aims to develop an analysis on crimes against the environment and its purposes according to the constitutional principals of the environment law and its premises in the Constitution of Brazil. The current study is important as it shows that crimes against the environment have conflicting points with the principals of traditional criminal law and at the same time is an effective instrument of environment protection.

Sumário

1. Considerações iniciais – 2. Fundamentos constitucionais de Direito Ambiental Criminal – 3. Da efetividade do Direito Ambiental Criminal como instrumento de proteção do meio ambiente – 4. Das pessoas físicas e jurídicas como autoras de crimes – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Objetivando o estudo do Direito Criminal e Penal Ambiental, deve-se afastar-se dos diplomas criminais de Direito material e processual, bem como da legislação infraconstitucional, apoiando-se exclusivamente na análise da Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil, tendo em vista que o Direito Ambiental Criminal não guarda correlação, num primeiro momento, com os conceitos clássicos de Direito Criminal.

Como ponto de partida, encontra-se o art. 225 da Constituição Federal, que pontificou os elementos estruturais da proteção ambiental, afirmando ser o meio ambiente (ou, simplesmente, ambiente) como bem de uso comum do povo, sendo dever de toda a coletividade a busca pelo seu amparo. Desta forma, inclui-se a aplicação de Direito Criminal como medida eficaz na defesa do bem ambiental.¹

No entanto, para a criação do tipo penal, ambiental ou não, a fim de que ele não padeça de vícios de constitucionalidade, deve-se buscar harmonia e obediência aos fundamentos do Direito Constitucional pátrio.

¹ “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (MS n. 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/1995). No mesmo sentido: RE n. 134.297, 22/09/1995.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO AMBIENTAL CRIMINAL

Ensinou o Professor Fiorillo que:

(...) o art. 225 da CF, ao estruturar o Direito Ambiental Constitucional, bem como ao apontar os critérios de proteção do bem ambiental, reputado antes de mais nada aquele considerado essencial à sadia qualidade de vida da pessoa humana, em obediência ao que determina o art. 1º, III, da CF, estabeleceu de forma pioneira a possibilidade de sujeitar todo e qualquer infrator, ou seja, aqueles que praticam condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, a sanções penais conforme determina de forma clara e inequívoca o art. 225, § 3º, da CF em vigor.²

Francesco Palazzo complementou, afirmando que “há de se levar em conta, antes de tudo, uma certa dificuldade, senão relutância, da doutrina penalística, sobretudo nos anos imediatamente sucessivos à Constituição, a desenvolver o trabalho de **concretização** dos valores constitucionais, premissa indispensável para sua penetração no sistema penal”.³

Na análise do constante no art. 225, deve-se interpretá-lo preliminarmente, conforme o teor do preâmbulo da Constituição Federal, que assim dispõe:

PREÂMBULO – Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais e individuais**, a **liberdade**, a segurança, o **bem-estar**, o **desenvolvimento**, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifo nosso).

Mesmo cientes de que o preâmbulo da Constituição Federal não constitui regra constitucional com força normativa, vislumbram-se direitos que devem ser perseguidos pela Carta Magna, dentre os quais vários que apresentam correlação com o Direito

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*, p. 437.

³ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*, p. 21.

⁴ Nesse sentido: “Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa” (ADIn n. 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08/08/2003).

Ambiental e a eventual necessidade de criação de tipos penais para sua proteção.⁴

Quando se apresenta o direito à liberdade, não se fala da constrição corporal contra o agente que comete delitos, mas sim da possibilidade de exercer direitos e de se ter efetividade na busca da defesa pelo meio ambiente.

Defendeu Lobão Moraes que, “no fundo, a liberdade não é uma ausência, uma negação, mas uma força real e determinante do comportamento dos seres. Liberdade é o poder de agir, isto é, de se autodeterminar teleologicamente. Liberdade é o poder de realizar não qualquer fim, mas os fins convenientes à natureza e às circunstâncias dos seres”.⁵ O Direito à liberdade surge, na verdade, com o direito natural e tem maior fôlego com o Cristianismo.

Freitas Nobre, sobre a concepção da liberdade, afirmou que, “quando o próprio homem limita sua liberdade, ele o faz em defesa da liberdade do semelhante e, por isso, ao limitá-la, ele também a conquista como cidadão”.⁶

Essa liberdade, no dizer de Herkenhoff, deve buscar a solidariedade, e não o isolamento. O autor, reconhecendo a importância do valor liberdade, deu razão a Marx, no sentido de que a concepção individualista de liberdade “separa os homens, em vez de uni-los”.⁷

Além da liberdade, analisando o art. 225 da CF, denota-se sua estreita correlação com os dispositivos da dignidade, igualdade e justiça inseridos no preâmbulo e nos arts. 1º e 5º, além da promoção do desenvolvimento nacional e do bem de todos, constantes no art. 3º, o direito à vida, a função social da propriedade e a ação popular, conforme o *caput* do art. 5º e os incisos XXIII e LXXIII. Nesse sentido é o ensinamento de Luiz Régis Prado, ao afirmar, sobre a Constituição, que “(...) como norma de caráter **teleológico** impõe uma orientação a todo o ordenamento infraconstitucional.”⁸

Dando início à análise da função do Direito Criminal na defesa ambiental, segundo Busto Ramirez, “a tutela penal reside na necessidade de proteção de bens jurídico-penais, de ordem supra-individual, ligados às necessidades básicas dos

⁵ MORAIS, Luís Fernando Lobão. *Liberdade e direito*: uma reflexão a partir da obra de Goffredo Telles Júnior, p. 14-15.

⁶ NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade*: os princípios constitucionais e a nova Legislação, p. 34.

⁷ HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. Vol. 1 (Gênese dos direitos humanos), p. 135.

⁸ PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 77.

⁹ *Op. cit.*, p. 79.

membros num Estado-coletividade”⁹. Tal interferência se impõe, na medida em que “o liberalismo tornou-se inoperante diante do fenômeno de revolução das massas”, constatando-se a necessidade do Estado intervencionista.¹⁰

Canotilho e Vital Moreira advertiram sobre o assunto e falaram do efeito negativo onde “o direito ao ambiente é, desde logo, um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção”.¹¹

Desta forma, o Direito Ambiental Constitucional apresenta duas vertentes: por um lado, o efeito negativo, no sentido de não se destruir o meio ambiente, devendo-se sempre buscar sua preservação; e, de outro, o dever positivo de atuação perante outras pessoas, físicas ou jurídicas (de direito público ou privado), para que se abstenham em favor do meio ambiente, surgindo o Direito Penal como instrumento coercitivo frente à ineficácia de outros meios de proteção ambiental.

Afirmou Édís Milaré que:

[...] o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção moderna, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que, por si só, justifica a imposição de sanções penais às agressões contra ele perpetradas, como *extrema ratio*. Em outro modo de dizer, a *ultima ratio* da tutela penal ambiental significa que esta é chamada a intervir somente nos casos em que as agressões a valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto de intolerável ou sejam objeto de intensa reprovação do corpo social.¹²

O referido autor complementou, ainda, dizendo que:

(...) a razão de ser do princípio da intervenção mínima do Direito Penal reside no reconhecimento da liberdade como direito fundamental do homem e valor supremo para a vida em sociedade, essencial no Estado democrático de Direito (...) quando, no caso concreto, as demais esferas de responsabilização forem suficientes para atingir **integralmente**, aqueles dois objetivos primordiais (prevenção e reparação tempestiva e integral), a verdade é que, em tese, não

¹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*, p. 116.

¹¹ *Op. cit.*, p. 141.

¹² MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina – jurisprudência – glossário*. 4. ed. rev., ampl. e atual, p. 844.

¹³ *Op. cit.*, p. 847-848.

há mais razão jurídica para a incidência do Direito Criminal.¹³

Sobre esta realidade em que o Direito Ambiental se projeta de forma antecipada frente aos clássicos conceitos de Direito Penal, afirmou Fábio Roberto D'Avila que:

(...) 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, em que a violação do dever passa a ocupar o 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.¹⁴

Cabe mencionar, ainda, a lição de Rogério Greco, que afirmou ser necessária uma interpretação da lei conforme a Constituição: “de acordo com uma concepção penal garantista, procura aferir a validade das normas mediante o seu confronto com a Constituição”, devendo, por exemplo, “aferir se a norma penal atendeu ao princípio da proporcionalidade, fazendo uma comparação entre ela e os demais tipos penais, a fim de saber se o bem que por ela fora protegido goza da importância que motivou a cominação da pena nele prevista, ou, ainda, buscar preservar a igualdade de tratamento (...)”.¹⁵

Os tipos penais, atentos ao princípio da legalidade, não podem ser simplesmente considerados como válidos pelo simples fato de estarem previstos em lei, de preverem uma aplicação de uma pena proporcional e de serem somente aplicados aos fatos futuros. Para sua constitucionalidade, deve ser aferido se os crimes estão de acordo com os princípios constitucionais, sem afronta ao constante nos arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Constituição Federal.

Sobrepondo a necessidade de efetividade na tutela jurídica do meio ambiente, ensinou Luiz Régis Prado que ele é, “em última instância, valor maior a ser protegido, e que caracteriza a natureza de certo modo **instrumental** e relativamente personalista da tutela jurídica do ambiente. Aliás, essa é uma consequência lógica da própria concepção de Estado democrático e **social** de Direito, consagrada na Lei Magna”.¹⁶ Fundamenta-se sobre a “exigência de criação de uma nova ordem jurídica, que contenha

¹⁴ O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Ambiental, p. 12.

¹⁵ *Curso de Direito Penal* – parte geral, p. 47.

¹⁶ *Direito Penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança* (com a análise da Lei n. 11.105/2005), p. 76.

mecanismos delimitativos da utilização dos recursos naturais, de forma **racional**, com vistas ‘a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida’ (art. 225, *caput*, da CF).¹⁷

O autor acima continuou sua explanação: “admitindo uma postura de feição social, coletiva, em detrimento da individualista, impõe o texto constitucional, como objetivo a ser alcançado, a proteção jurídica de interesses sociais, como forma de tornar efetiva a fruição dos direitos individuais e sociais (*vide* art. 3º, III e IV, da CF)”.¹⁸

Dispõe o primeiro artigo da Constituição que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A dignidade da pessoa humana, seja no plano de uma proteção individual, seja coletiva, é fundamento que se destaca quando da criação de qualquer fato delituoso, sendo que a desproporção exagerada entre a lesividade dos crimes e a pena em abstrato a ser imposta pode apresentar ofensa ao presente fundamento constitucional.

Sobre a ocorrência de imposição de pena desproporcional em crime ambiental, violadora ao princípio da dignidade da pessoa humana, apresenta-se nesse sentido o julgado do Superior Tribunal de Justiça com a seguinte ementa:

Habeas corpus. Crime ambiental. Suspensão condicional do processo. Aplicabilidade dos incisos II, III e IV do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Inteligência do art. 28, inciso III, da Lei n. 9.605/98. Arguição de nulidade do pacto acordado. Inexistência. Condição violadora da dignidade humana. Procedência. Exposição desnecessária. Dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Ordem parcialmente concedida.

“(...) a condição imposta ao ora paciente de tornar ostensivo, através da mídia local, que colabora para a redução da poluição sonora de Itabuna/BA, inclusive, obrigado a veicular seu próprio nome em *outdoors* expostos naquela cidade, termina, sem dúvida, por expô-lo publicamente, submetendo-o à

¹⁷ *Op. cit.*, p. 76.

¹⁸ *Id.* p. 79.

condição vexatória e capaz, em tese, de vir perdurar por tempo superior ao prazo de 15 dias estipulado no acordo. Desse modo, por certo, a mencionada exigência revela-se eivada de inconstitucionalidade, por configurar hipótese clara de ofensa ao princípio da dignidade humana, alçado como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III).¹⁹

Além da proporcionalidade da pena, é necessário que haja uma lesividade frente ao Estado social do fato em que se apresenta como criminoso.

(...) A norma penal em um Estado democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ela ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social.²⁰

Esta discussão causa relevância no estudo do Direito Penal Ambiental, na medida em que os tipos penais ambientais, em grande parte, se exteriorizam como tipos penais abertos e normas penais em branco, não havendo, muitas vezes, uma descrição precisa. Essa antecipação do momento consumativo do tipo penal deve ser usada com cautela, sob pena de se confundirem a cogitação e a prática de atos preparatórios com o início da consumação do crime.

Pode-se imaginar uma pessoa de posse de uma serra elétrica em mãos, no meio de uma área de preservação ambiental e, a partir daí, duas situações podem surgir. Se, no interrogatório, ela afirmar que aguardava a chegada de uma pessoa para matá-la, mas que, depois de um momento de reflexão, desistiu da prática ilícita, nenhuma punição lhe caberá, pois não se iniciou a prática do crime. Porém, analisada a mesma conduta sobre o prisma ecológico, a simples posse do equipamento em área de proteção ambiental pode ser suficiente para sua prisão em flagrante por crime ambiental. Não se pretende, aqui, criticar a lei, que é realmente necessária, mas sim alertar para os riscos da excessiva antecipação do momento consumativo do crime.

Surge, ainda, o debate sobre a lesividade social e o direito penal mínimo, mas deve ser afastada qualquer posição em sentido contrário no que se refere aos crimes ambientais, pois, na medida em que o Direito Ambiental tutela a vida, não há que se

¹⁹ STJ – HC n. 39.576/BA, Relator Hélio Guaglia Barbosa, DJ 14/03/2005, p. 430.

²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 1: parte geral, p. 7-8.

falar em bem jurídico tutelado de maior valor que este.

O *caput* do art. 255 é antropocêntrico. No dizer de Álvaro L. V. Mira:

(...) é um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a “vida e a dignidade das pessoas” – núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois ninguém contesta que o quadro de destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a Humanidade e põe em risco a própria vida humana.²¹

Costa Júnior denominou como crime-obstáculo o crime ecológico que visa a reprimir futuras ações danosas ao meio ambiente, “que motiva a intervenção do legislador penal contra uma conduta que constitui simples promessa para a lesão concreta do bem protegido”.²²

Questão que afronta a dignidade da pessoa humana e que pode surgir dentro do estudo dos tipos penais ambientais se encontra na eventual dificuldade de se individualizar a conduta do dirigente societário para que haja sua punição. Nas decisões abaixo descritas, emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, fundamentou-se na ofensa à dignidade da pessoa humana, decisão em crime societário onde não houve a individualização da conduta:

Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492, de 1986). Crime societário. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados. Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. (...) Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da ampla defesa, do contraditório (CF, art. 5º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). (HC n. 86.879, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 16/06/2006)

Denúncia. Estado de direito. Direitos fundamentais. Princípio da dignidade da pessoa humana. Requisitos do art. 41 do CPP não-preenchidos. A técnica da denúncia (art. 41 do Código de Processo Penal) tem merecido reflexão no plano da dogmática constitucional, associada especialmente ao direito de

²¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*, p. 118.

²² COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal ecológico*, p. 79-80.

defesa. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Necessidade de rigor e prudência daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso (HC n. 84.409, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 19/08/2005).

Desta forma, para que haja punição dos controladores de empresas, ou seja, das pessoas físicas, deve ser individualizada a conduta destes, não merecendo guarida constitucional o oferecimento de denúncia genérica ou, ainda, sem a verificação da relação de causalidade da conduta com o evento danoso.²³

O art. 3º da Constituição Federal indica que a garantia do desenvolvimento nacional constitui objetivo fundamental na República Federativa do Brasil, ponto este que dá alicerce à proteção do Direito Ambiental.²⁴

Sobre os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, Celso Bastos advertiu que “a idéia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora, algumas vezes, isso possa ocorrer. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes

²³ Ementa: “*Habeas corpus*. 2. Responsabilidade penal objetiva. 3. Crime ambiental previsto no art. 2º da Lei n. 9.605/98. 4. Evento danoso: vazamento em um oleoduto da Petrobras. 5. Ausência de nexo causal. 6. Responsabilidade pelo dano ao meio ambiente não-atribuível diretamente ao dirigente da Petrobras. 7. Existência de instâncias gerenciais e de operação para fiscalizar o estado de conservação dos 14 mil quilômetros de oleodutos. 8. Não-configuração de relação de causalidade entre o fato imputado e o suposto agente criminoso. 8. Diferenças entre conduta dos dirigentes da empresa e atividades da própria empresa. 9. Problema da assinalagmaticidade em uma sociedade de risco. 10. Impossibilidade de se atribuírem ao indivíduo e à pessoa jurídica os mesmos riscos” (HC n. 83.554, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 28/10/2005).

²⁴ “A questão do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225): o princípio do desenvolvimento sustentável como fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, à invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADIn n. 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/2006).

²⁵ *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 159-160.

consistem em algo exterior que deve ser perseguido”.²⁵

No art. 5º da Constituição Federal, estão previstos os fundamentos de Direito Criminal e Penal no âmbito dos direitos e deveres individuais e coletivos da pessoa humana, e que buscam a proteção dos valores mais importantes da sociedade. Assim, as sanções penais ambientais devem apresentar alternativas, em face do direito positivo em vigor.

O inciso V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”) tem lugar na presente análise, tendo em vista que se pode afirmar que a sanção penal decorrente de um ilícito ambiental é uma resposta diante de um agravo sofrido pela população (crime).

O art. 5º, inciso XXXIX, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desta forma, a norma, ao definir o crime, deve ajustar-se, com extrema fidelidade ao princípio constitucional da tipicidade dos delitos, cabendo frisar que, como se está numa sociedade capitalista em um Estado democrático de Direito, os crimes, ainda que visem à proteção ambiental, não podem ser totalmente contrários à ordem econômica do capitalismo.

No entanto, esse conceito de crime decorrente do positivismo jurídico não parece ser o mais adequado, se analisado isoladamente, porquanto não foram considerados circunstâncias de política criminal ou mandamentos constitucionais para criação de tipos delituosos, não se analisando a lesividade, o grau de reprovação da conduta e a necessidade de produção legislativa como elemento de um sistema do Direito.

Sob outro aspecto, cabe salientar que o mencionado inciso, ao falar de crime, como não apresenta restrições quanto ao sujeito ativo, não mencionando ato humano exclusivamente, pode ser conceituado no plano individual ou coletivo.

O inciso XLV expõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.²⁶

Nesse aspecto, acredita-se que possa surgir alguma dificuldade no caso das pessoas jurídicas que são extintas durante o procedimento penal. Como a extinção

²⁶ “A intransmissibilidade da pena traduz postulado de ordem constitucional. A sanção penal não passará da pessoa do delinquent. Vulnera o princípio da incontagiabilidade da pena a decisão judicial que permite ao condenado fazer-se substituir, por terceiro absolutamente estranho ao ilícito penal, na prestação de serviços à comunidade.” (HC n. 68.309, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 27/11/1990, DJ de 8/3/1991).

da empresa equivale ao fim da pessoa jurídica, o processo deve ter extinta sua punibilidade, nos moldes do art. 107, I, do Código Penal. Trata-se de uma questão que apresenta dificuldade no plano penal, tendo em vista que nenhuma pessoa jurídica pode ser obrigada a permanecer em funcionamento para que o processo penal tenha prosseguimento.

Caso a empresa fosse encerrada de forma dolosa, com o único fim de extinguir a punibilidade antes do encerramento do processo criminal contra a pessoa jurídica, como não há concurso necessário entre pessoas físicas e jurídicas por ausência de previsão legal, se nenhuma pessoa física estivesse sendo processada criminalmente, a extinção da pessoa jurídica resultaria na extinção do processo penal, ocasionando a impunidade penal contra a empresa, de modo que restaria apenas a possibilidade de indenização civil contra os ex-sócios ou contra nova empresa por estes criadas, mas nunca haveria a transmissão da responsabilidade penal.

O art. 4º da Lei dos Crimes Ambientais, que trata da desconsideração da personalidade jurídica, não tem o condão de transmitir as responsabilidades penal, mas tão-somente visa a garantir o ressarcimento pelos danos causados ao meio ambiente. Assim, mesmo que não haja punição penal, a reparação ambiental ainda estará assegurada.

Aduz o inciso XLVI que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.”

De nenhuma dificuldade a responsabilização penal da pessoa física ou jurídica. Tendo em vista que a principal finalidade do tipo penal ambiental é a busca da prevenção e da reparação do dano ambiental. Quatro das cinco penas previstas na Constituição brasileira podem ser aplicadas, sendo certo que a única pena que não tem caráter econômico, a privação ou restrição de liberdade da alínea “a”, não deve ser a primeira a ser buscada nos crimes ambientais.

Assim, cabe ao legislador infraconstitucional, em face do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Carta Magna), conforme a competência do art. 22, I, da CF, fixar as hipóteses de sanções penais mais adequadas, levando sempre consideração a busca pela reparação do dano ambiental.

No que se refere à vedação de certas penas, esclarece o inciso XLVII que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Sobre este inciso, cabe a reprodução da lição de Eugenio Raul Zafaroni e

José Henrique Pierangeli, afirmando que o princípio da humanidade é:

(...) um princípio geral de racionalidade que deriva da Constituição ou do princípio republicano (...) que se deduz na proscrição da pena de morte, perpétua, de banimento, trabalhos forçados e penas cruéis (art. 5º, XLVII, da CF). Em casos extremos, afirma o autor, que deve o juiz, ao prolatar a sentença, não violar o princípio da humanidade, aplicando, inclusive, pena aquém do mínimo legal.²⁷

Numa primeira análise, pode-se chegar à conclusão de que qualquer penalidade contra pessoa jurídica que ocasionasse a sua extinção seria equiparada à pena de morte ou, até, considerada de caráter perpétua (*vide* art. 22 e incisos da Lei dos Crimes Ambientais). Entretanto, tais restrições estão em consonância com o princípio da humanidade, dizendo respeito à pessoa humana, e não às pessoas jurídicas, podendo, constitucionalmente, ser aplicadas penas que levem à extinção da pessoa jurídica.

O Professor Celso Fiorillo apresentou a necessidade da busca do “piso vital mínimo”, em toda a legislação, para que se cumpra a Constituição na defesa ambiental, afirmando que:

(...) na medida em que importa ao Direito Ambiental, pelo menos de forma preponderante, assegurar a incolumidade dos bens ambientais (considerados aqueles essenciais à sadia qualidade de vida da pessoa humana), claro está que não haveria sentido em elaborar sanções penais sem vincular a existência de crimes regrados para salvaguardar o conteúdo real da dignidade da pessoa humana: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a proteção à infância, bem como a assistência aos desamparados.²⁸

Conforme a lição de Canosa Usera, o constitucionalismo existencialista que caracteriza os novos tempos cria novos “direito vitais”, na medida em que novas necessidades surgem.²⁹

Ainda sobre a necessidade de busca do piso vital mínimo como um elemento do estudo dos direitos humanos que devem ser observados, inclusive na criação de tipos penais ambientais, o Professor Tailson Pires da Costa apresentou a conceituação

²⁷ *Manual de Direito Penal brasileiro*. V. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 156-157.

²⁸ *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 439.

²⁹ PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança com a análise da Lei n. 11.105/2005*, p. 76.

de Korad Hesse sobre direitos humanos, como sendo “(...) um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e dignidade”.³⁰

3. DA EFETIVIDADE DO DIREITO AMBIENTAL CRIMINAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

As sanções penais ambientais visam a assegurar o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, considerando que, conforme o texto da Lei n. 6.938/81, o meio ambiente é a vida em todas as suas formas. Assim, as condutas penais devem se adequar à necessidade imposta pelo art. 225 da Constituição Federal na defesa e na preservação de bens ambientais para as presentes e futuras gerações, ou seja, na proteção da vida em todas as suas formas.

Sobre a real necessidade da tutela penal na seara ambiental, partindo do princípio de que não cabe qualquer punição por condutas consideradas insignificantes (STJ – HC n. 35.203), cabe voltar a mencionar o caráter eficaz, presente na tutela penal, por avistar-se que a simples existência de um inquérito policial causa constrangimentos e resultados desagradáveis à pessoa física ou jurídica em que recai a imputação, fazendo com que ela, para afastar a desagradável presença do processo criminal, aceite, em termos integrais, as propostas conciliatórias apresentadas pelo Ministério Público, visando à reparação integral do dano.

Winfried Hassemer, citado por Andrade, afirmou que a problemática ambiental, juntamente com outros problemas próprios das “sociedades modernas e desenvolvidas”:

(...) delas preferencialmente surgem na luz do dia os problemas de controle desta sociedade. São áreas modernas e delas se encarrega o atual Direito Penal. Nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não-penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.³¹

³⁰ *Meio ambiente familiar: a solução para prevenir o crime*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 62.

³¹ ANDRADE, Vander Ferreira de. *Legislação penal especial*. São Paulo: Editora Pílares, 2005. p. 139.

Portanto, o “direito penal mínimo não tem lugar nos crimes ambientais, pois os danos são graves e até mesmo desconhecidos, e existe o dever de preservação para as futuras gerações”.³²

Desta forma, dada a absoluta ineficácia das medidas administrativas, impõe-se a necessidade da tutela penal para proteção de bens ambientais, já que o que está em jogo é o direito à vida das atuais e futuras gerações.

Assim, pode ser afirmado “que a punição de natureza penal propicia um desestímulo eficaz na proteção do meio ambiente. A prática tem mostrado que as sanções de natureza administrativa e civil não têm surtido o efeito almejado. Para se ter uma parca idéia, de todas as multas aplicadas pelo Ibama no ano de 1997, apenas 6% foram recolhidas aos cofres públicos”.³³

Na análise do tipo penal, citando Paulo José da Costa Jr. e Giorgio Gregori (*Direito Penal ecológico*, Cetesb, 1981, p. 49), Toshio Mukai afirmou a tendência de se indicar um fim a ser alcançado, e não a menção de um fato vetado, dando discricionariedade ao juízo e assumindo caráter exemplificativo o tipo penal.³⁴

Não está em jogo apenas uma infração à lei, mas uma finalidade a ser buscada, a proteção penal, devendo, no entanto, ser buscado o aprimoramento dos tipos penais a serem criados.

A título de comparação, em referência ao surgimento de novos tipos penais decorrentes de novos direitos, cabe salientar a afirmação de Michael B. Wood, no sentido de que “a tendência do crime é acompanhar oportunidades. Se as oportunidades existirem em sistemas de computadores, os criminosos as encontrarão”.³⁵

³² FREITAS, Vladimir Passos de & FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*: (de acordo com a Lei n. 9.605/98). 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 34.

³³ SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. A responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos ambientais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.304, 26 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9432>>. Acesso em: 18 out. 2007. Sobre o tema, sobre o peso de uma condenação criminal, afirmou Sales que, “conforme salientou o ministro relator do acórdão acima referido, com apoio na lição de Fernando Galvão (*Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2.ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. p. 16-17), receber uma condenação criminal é, para qualquer pessoa, um ponto extremamente negativo, face à dificuldade de sua reinserção social. No caso da pessoa jurídica, uma condenação criminal afetará diretamente seus negócios. Se a certificação de qualidade ambiental do **ISO 14.001** faz surgir a possibilidade de bons negócios, a condenação criminal tem efeito inverso. O próprio mercado se encarregará de excluir as empresas condenadas por crime ambiental, o que obrigará seus dirigentes a evitarem o processo penal, adotando um maior cuidado com o meio ambiente. Não se trata, portanto, de mera discussão acadêmica, mas sim de efetivo mecanismo legal de prevenção aos danos ambientais.”

³⁴ *Direito Ambiental sistematizado*, p. 76.

³⁵ REIS, Maria Helena Junqueira. *Computer crimes*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997. p. 36.

Trata-se de realidade que surge nos novos ramos do Direito, como os presentes nos sistemas de computadores e no Direito Ambiental, por exemplo, pois, na medida em que surge um segmento em que possa se auferido lucro, logo surgirão infratores trazendo novas técnicas para a prática de delitos na tentativa de burlar a lei ou aproveitar suas lacunas.

4. DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS COMO AUTORAS DE CRIMES

Na atual Constituição Federal, constatou-se a necessidade de permitir, sem prejuízo da condenação de pessoas físicas, a punição das pessoas jurídicas quanto aos crimes ambientais, tendo em vista a assertiva de que “o crime ambiental é principalmente corporativo”.³⁶

O art. 225, § 3º, da Constituição preceitua que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), em seu art. 3º, aduz que “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Desta realidade, impõe-se a necessidade de punição das pessoas jurídicas, pois são estas que auferem lucros, cometem atividades e realizam investimentos que podem causar resultado danoso ao meio ambiente, sendo inadmissível que estas possam se furtar à responsabilidade pelo evento danoso.

Vale ressaltar o disposto no art. 10, que impõe como interdições temporárias de direito a proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios e incentivos fiscais e de participar de licitações, punições estas que atemorizam as grandes empresas diante de bloqueio no ingresso junto ao grande mercado, que consiste na probabilidade de negociar com o Estado.

Não se trata aqui de analisar se é possível atribuir a responsabilidade penal da pessoa jurídica com base nos institutos clássicos de Direito Penal. Excetuando uma eventual digressão histórica, tal discussão não merece análise para os fins de apurar seu cabimento. Fala-se de um expresso mandamento constitucional no art. 225, §

³⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*, p. 683.

3º, que inovou o ordenamento jurídico e que deve ser aplicado na apuração dos tipos penais previstos na Lei n. 9.605/98.

A responsabilização penal surge não apenas para punir as condutas lesivas, tendo em vista que a *ratio* do tipo criminal ambiental é a proteção do ambiente, mas para prevenir que novos crimes ocorram.

Desta forma, consagra-se a aplicação do princípio da prevenção, punindo criminalmente aqueles que cometem condutas lesivas ao meio ambiente.

Por derradeiro, pertinentes as palavras de Guilherme de Souza Nucci que, não obstante as várias vozes em sentido contrário, esclareceu sobre a possibilidade de a pessoa jurídica de direito público ser autora de crime ambiental, apresentando de forma sucinta dois argumentos, a saber: “em primeiro lugar, não há expressa previsão para a exclusão legal; em segundo, a condenação criminal tem o seu lado moral, além, obviamente, da meta punitiva”, acarretando um “fardo político” ao chefe do executivo responsável pela gestão, mesmo porque “(...) nem sempre a pessoa jurídica de direito público cumpre suas finalidades”.³⁷

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, como afirmado anteriormente, como a *ratio* do tipo penal ambiental é a busca pela prevenção e pela reparação do dano, devem ser afastados argumentos infraconstitucionais em prejuízo da proteção ambiental que não estejam em consonância com os fundamentos constitucionais de Direito Ambiental e Direito Criminal.

A *ultima ratio* deve ser substituída pela *prima ratio* no que se refere aos crimes ambientais, pois, na medida em que a proteção ambiental é a tutela da vida em todas as suas formas para as atuais e futuras gerações, não se pode esperar que o dano ambiental ocorra para que, só então, surja uma reprimenda criminal.

Não há que se falar na aplicação do direito penal mínimo em sede de crimes ambientais. A lesividade contra o bem ambiental é sempre máxima e, muitas vezes, desconhecidas, sendo que, em muitos casos, os efeitos danosos somente serão conhecidos muitas décadas depois. Não se pode admitir, em prejuízo do bem ambiental, que se aguarde a ineficácia da proteção administrativa para que, apenas posteriormente, se utilize a proteção penal, pois, neste caso, ineficaz a tutela criminal se o bem jurídico tutelado já tiver sido destruído.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 766.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vander Ferreira de. *Legislação penal especial*. São Paulo: Editora Pilares, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1: parte geral. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Tailson Pires. *Meio ambiente familiar: a solução para prevenir o crime*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Ambiental. *Revista RT Informa*, n. 51, São Paulo, Editora dos Tribunais, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco & RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*. 3. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de & FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei nº 9.605/98)*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. V. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HERKENHOFF, João Batista. *Curso de direitos humanos*. Vol. 1 (Gênese dos direitos humanos). São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: doutrina – jurisprudência – glossário*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MORAIS, Luís Fernando Lobão. *Liberdade e direito: uma reflexão a partir da obra de Goffredo Telles Júnior*. Campinas, SP: Copola Editora, 2000.

MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental sistematizado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*. São Paulo: Summus, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal do Ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança – com a análise da Lei nº 11.105/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Maria Helena Junqueira. *Computer crimes*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997. p. 36.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. A responsabilidade penal da pessoa jurídica por danos ambientais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1.304, 26 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9432>>. Acesso em: 18 out. 2007.

ZAFARONI, Eugenio Raul & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*. V. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

