

# INTERVENÇÃO MÍNIMA X PRECAUÇÃO: CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS NO DIREITO PENAL AMBIENTAL?

*Karin Kässmayer*<sup>1</sup>

*Paulo César Busato*<sup>2</sup>

## *Resumo*

*O artigo tem como objetivo principal analisar o conflito entre os princípios da intervenção mínima (direito penal) e o princípio da precaução (direito ambiental) ao se tratar, especificamente, do direito penal ambiental. O direito penal configura-se como ultima ratio estatal e o meio ambiente é considerado bem jurídico tutelado. Questionam-se os limites do direito penal na tutela deste bem. O artigo tece uma reflexão sobre o alcance das normas penais ambientais na efetividade do princípio base do direito ambiental, qual seja, da precaução.*

## **1. INTRODUÇÃO: APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA.**

Recentes decisões havidas em nossos Tribunais<sup>3</sup> têm dado azo à discussão sobre a possível existência de um conflito entre princípios orientadores do Direito penal e do Direito ambiental na intersecção entre estas duas disciplinas, vale dizer, em casos de delitos praticados contra o meio ambiente.

---

<sup>1</sup> Karin Kässmayer é Professora de Direito Ambiental da Unifae e Doutoranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento e Advogada. É Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Direito e Risco” e advogada.

<sup>2</sup> Paulo César Busato é Professor de Direito penal da Unifae e da UEPG, Doutor em Problemas Atuais do Direito penal e Promotor de Justiça. É Coordenador do Grupo de Pesquisa “Direito e Risco”.

<sup>3</sup> A exemplo, Apelação Criminal n. 486559-8, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Julgado em 17 maio 2005. EMENTA: CRIME AMBIENTAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. Sendo o meio ambiente um bem jurídico reconhecido como verdadeiro direito humano fundamental (art. 225, CF/88), em que se lhe reconhece a natureza de patrimônio de toda a humanidade, assegurando-se a esta e às futuras gerações sua existência e exploração racional, impossível acolher a tese de que eventual lesão seja insignificante aos olhos do direito penal. O Habeas Corpus n. 38682/SP, julgado do Superior Tribunal de Justiça, em 03 de fevereiro de 2005, relatoria do Exmo. Min. Gilson Dipp, segue a mesma tendência: “No que diz respeito à alegação de insignificância da conduta, tenho que a quantidade de pescado apreendido não desnatura o delito descrito no art. 34 da Lei 9.605/98, que pune a atividade durante o período em que a pesca seja proibida ou em locais interditados, exatamente a hipótese dos autos, em que a pesca do camarão se deu em época de reprodução da espécie. Vale ressaltar, ainda, as ponderações do Tribunal *a quo* ao salientar “que 90kg de camarão branco não podem ser tomados como quantidade insignificante (fl.29), tanto em relação ao restante do pescado, como quanto à quantidade de camarão existente na natureza.”

A questão merece atenção não só por sua atualidade, já que existe uma preocupação cada vez mais presente com a preservação do meio ambiente, mas também por sua relevância, ao vivermos em uma época de clara orientação mundial no sentido de uma fuga para o Direito penal<sup>4</sup> que se manifesta em um processo permanente de edição de tipos incriminadores e de repetido recrudescimento das penas e do tratamento processual penal.

Assim, abre-se espaço para o debate acerca da real necessidade de o Direito penal imiscuir-se em uma seara experimental, justamente pelo fato de a questão ambiental estar envolvida em meio a incertezas científicas e riscos desconhecidos, vindo a causar confrontos diretos aos critérios político-criminais a serem adotados, dada a insegurança relativa à mensuração do dano, comprovação do nexo de causalidade ou definição da autoria do crime.<sup>5</sup>

Concretamente temos que, enquanto o Direito ambiental procura afirmar-se não só como disciplina<sup>6</sup>, mas como recorte hermenêutico transversal à própria cultura jurídica<sup>7</sup> e, para

---

<sup>4</sup> Tal processo é bem detectado e descrito por Silva Sánchez em SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del Derecho penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006. Vide, igualmente, a este respeito, Luís Gracia Martín, em seu GRACIA MARTÍN, Luiz. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, no qual o referido autor traça com clareza a polêmica existente a respeito da modernização do Direito penal, a qual vem sendo debatida há mais de 15 anos na Alemanha. Nesta obra, elucida-se a justaposição existente entre a evolução tecnológica, política e social – englobando o desenvolvimento de biotecnologias, surgimento de blocos regionais, aprimoramento da informática- e a expansão do Direito penal (prioritariamente em sua parte especial ou em forma de um Direito penal acessório) frente a novos tipos delitivos decorrentes deste novo contexto. Trata-se, pois, de um Direito penal moderno, ordenado pela citada ruptura, formulado por um conteúdo histórico único- as realidades presentes- dotado de um caráter transitório. Há reservas, porém, a serem postas ao posicionamento do autor, francamente proclive à expansão da seara penal. É necessário apontar que esta modernização é rechaçada veementemente por Winfried Hassemer, ao adotar um posicionamento do Direito penal voltado exclusivamente à proteção individual. Para o aprofundamento destas críticas, vide HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. de Francisco Muñoz Conde e Maria del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 39-74, ao mencionar que a superação da concepção clássica de Direito penal é clarificada com a *proteção de bens jurídicos, a idéia de prevenção e a orientação das conseqüências*.

<sup>5</sup> Neste sentido, vale citar ROMEO CASABONA, Carlos Maria. “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 4, n° 16, out-dez. 1996, p. 160, ao afirmar que “En efecto, es evidente que el Derecho y, por consiguiente, de forma semejante el Derecho Penal, no pueden garantizar de modo absoluto la incolumidad de los bienes jurídicos ante cualquier forma de riesgo o de peligro para los mismos. Como se viene repitiendo hasta la saciedad, el cumplimiento por parte de aquéllos de su función hace inevitable la aceptación de un cierto riesgo para los mismos, el cual es conocido en la Dogmática penal como “riesgo permitido.(...) El dilema que surge ahora en la sociedad postindustrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental, consiste en despejar el interrogante de en qué medida es válido y aceptable aquél paradigma en relación con el riesgo ciertamente sospechado, pero no visible”.

<sup>6</sup> A discussão acerca do direito ambiental como disciplina jurídica é muito bem elaborada por Raúl Brañes, in BRAÑES, Raúl. *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2ª. Ed, Cidade do México: Fondo de Cultura Económica e Fundación para la educación ambiental, 2000, p. 46 -51. De maneira resumida, afirma o citado autor que há uma desconfiança inicial frente a qualquer pretensão de identificar um novo setor do ordenamento jurídico e a possibilidade de construir-se uma disciplina científica relativamente autônoma. Contrariamente ao direito ambiental como uma disciplina propriamente, os argumentos direcionam-se à recente formação da mesma, além de uma presunção de falta de autonomia, já que se trata de uma disciplina horizontal, ou seja, que perpassa por variados

tanto, espraia seus domínios e sua área de influência, em um processo benfazejo de ampliação, o remédio penal, o mais gravoso de que dispõe o Estado para a realização de seu compromisso de controle social, tem sofrido uma indesejada distensão, que provoca, por um lado, um imenso desgaste de sua capacidade de intimidação, em face da banalização da imputação penal e por outro, põe à mostra sua insuficiência como resposta às mazelas sociais.

Exatamente na intersecção entre os interesses jurídicos ambientais e penais figuram os tipos penais que imputam responsabilidade por ataques ao bem jurídico meio ambiente.

É cediço que a proteção jurídica do ambiente dá-se sempre orientada pelo princípio da precaução, na medida em que não se pode aguardar pelo desfecho danoso ao meio ambiente para que haja uma reação das instituições. Na verdade, a própria existência destas como tais pressupõe a existência antes, daquele. Por isso, toda a organização jurídica de proteção ao ambiente se guia pela idéia central de coibir, antes que aconteça, a degradação do meio ambiente.

Por outro lado, a intervenção jurídico-penal tem um perfil diametralmente oposto, ou seja, em se tratando da última escala jurídica de proteção, só deve ser acionada em situações de grande emergência e, especialmente, diante da presença inarredável de uma ofensa importante - dano ou perigo - a um bem jurídico indispensável para o desenvolvimento do ser humano em sociedade.

Ocorre que, ao se tratar de delitos contra bens jurídicos coletivos, muito embora esteja implícita nas sanções a repressão, esta não se configura como o primordial objetivo do

---

ramos do Direito. Ambas hipóteses negativas são rechaçadas por Brañes, ao posicionar-se favoravelmente à autonomia do direito ambiental, uma vez que esta disciplina traz em seu núcleo uma especificidade própria e, em consequência, realiza uma leitura jurídica particular de seu objeto: o meio ambiente.

<sup>7</sup>A transversalidade do direito ambiental ao texto ambiental pode ser explicitada ao se avaliar o meio ambiente como o fundamento necessário às demais condições de vida, à educação, à saúde e ao trabalho, elucidando a dependência subjacente dos direitos sociais. Neste diapasão, está-se a afirmar a imposição de uma interpretação transversal do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao texto constitucional, por receber uma conotação de fundamento limitativo de interpretação. Neste sentido Raúl Canosa Usera, em CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y medio ambiente*, Madrid: Editorial Dykinson, 2000, p. 33 e ss., destaca que “lo ambiental posee una textura distinta a la de otros intereses integrados en el Estado social. Es más complejo y su realización en armonía con los otros más costosa. Y ello porque el bien jurídico ambiental está en potencial conflicto con cualquier otro bien constitucional (clásico o social). La capacidad de lo ambiental para converger y yuxtaponerse, su carácter poliédrico y su vis expansiva obligan a un replanteamiento completo del Estado social que lo asuma impregnando las políticas sociales y económicas de componentes ambientales. Se trataría de lograr un Estado social ambientalmente orientado.” No mesmo sentido, REAL FERRER, Gabriel. “La construcción del Derecho Ambiental”, *In Revista Arazandí de Derecho Ambiental*, Pamplona, n. 1, 2002, p. 73-93.

Direito penal moderno, “posto que a aplicação deste instrumento tem lugar uma vez cometido o fato delitivo e a imposição da sanção em nada beneficia o meio afetado”<sup>8</sup>.

Aparece aqui a prevalência da função utilitarista do Direito Penal, enfatizando-se o seu caráter preventivo. O Direito penal é visto como um instrumento viável à concretização do princípio da precaução<sup>9</sup>, contrariamente ao Direito penal clássico, no qual a idéia da precaução “era considerada como muito uma meta secundária da justiça penal, convertendo-se agora no paradigma penal dominante”<sup>10</sup>.

Assim é que, em vários casos da nossa Lei 9.605/98, em hipóteses de tipificação de condutas ofensivas ao meio ambiente, o aplicador do direito vê-se diante de um dilema hermenêutico de grandes proporções: por um lado, se vê tentado a uma interpretação mais ampla e extensiva possível, visando impedir a degradação do ambiente, em obediência ao princípio de precaução e, por outro, comprimido pelas exigências garantistas impostas à idéia de incriminação, pelo princípio de intervenção mínima.

As luzes ao problema só podem ser dadas, a nosso sentir, a partir de uma cuidadosa análise das dimensões dos princípios envolvidos, para só então conjugá-los com vistas à obtenção de uma diretriz uniforme.

## 2. O PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO MÍNIMA<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> ALENZA GARCÍA, José Francisco. “Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación”. In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (dir.), *Derecho penal de la empresa*. PAMPLONA: Universidad Publica de Navarra, 2002, p. 596. Trad. livre dos autores.

<sup>9</sup> Carlos Maria Romeo Casabona (in ROMEO CASABONA, Carlos Maria. “Princípio de precaución, bioseguridad y derecho europeo”. In *Genética y derecho II. Estudios de Derecho Judicial 40*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 163), define com clareza em quais contextos (em quais situações de risco) far-se-á necessário recorrer-se ao princípio da precaução (ou prevenção). Serão nas atividades que tenham como pressuposto um contexto de incerteza científica, além de uma eventual ocorrência de danos graves e irreversíveis. Daí compreender-se o motivo pelo qual o princípio da precaução caracterizar-se como o princípio base/princípio regente do Direito Ambiental, cuja antecipação da ação para que se evitem danos reduz-se ao seu principal objetivo.

<sup>10</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad...cit.*, p. 49. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. “Genética y Derecho Penal...cit.”, p. 25, destaca que “Así, si se acentúa su función preventiva, atendiendo a la racionalidad del fin (concepción utilitaria), puede dar lugar a la criminalización de conductas que constituyen un peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger, incluso, cuando tal peligro es meramente potencial, sin necesidad de que se haya producido en el caso concreto (delitos de peligro abstracto); mientras que la orientación a la racionalidad de los valores, pondrá él énfasis en los derechos y bienes del individuo y en los ideales de humanidad y justicia, lo que facilitará una contención de la criminalización.”

<sup>11</sup> A denominação “princípio de intervenção mínima” foi primeiramente utilizada por Muñoz Conde em MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 59. Nesse sentido, refere Luzón Peña in LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 82.

O estudo do princípio de intervenção mínima remete obrigatoriamente a pensar o Direito penal como mecanismo de controle social. Visto sob este ponto de vista, temos que o Direito penal intervém na última fase do controle social. Vale dizer, reserva-se o controle social penal para a condição de último recurso, quando todos os demais mecanismos já falharam na missão de ordenar os interesses sociais. Isso ocorre, porque a intervenção penal é essencialmente uma etapa violenta, já que aplica a pena ou a medida de segurança, que afligem diretamente a liberdade do indivíduo. Isto conduz, inexoravelmente, a uma necessária limitação.

Partindo, por um lado, de uma lógica iluminista do contrato social<sup>12</sup>, para a qual, essencialmente, o Estado se molda como instrumento de viabilização das liberdades individuais e, por outro, das idéias de Beccaria no sentido de que a efetividade da punição produz melhores resultados do que o aprofundamento de sua gravidade, forma-se a conclusão de que o Direito penal não pode ser violador de liberdades individuais para além daquilo que ao Estado foi delegado pela união dos indivíduos, e por outro, que a alternativa de açoitamento da instância jurídico-penal é recurso de menor eficiência na modelagem do sistema de controle social.

A idéia intuída por Beccaria revela-se claramente uma realidade, quando cotejada com os dados relativos à cifra negra de criminalidade, que dão conta de que somente uma parcela ínfima dos delitos efetivamente cometidos chega a receber a reprimenda penal. Nesse sentido os comentários de Hassemer e Muñoz Conde:

“[...] há um bom número de delitos e de delinquentes que não chegam a ser descobertos ou condenados. É o que constitui a chamada *cifra negra* ou *zona obscura da criminalidade*. [...] A constatação de que existe efetivamente uma zona obscura da criminalidade bastante elevada não refletida estatisticamente pode ser fatal para a Criminologia, pois já não se poderia confiar em umas teorias que, ao basear-se em Estatísticas carentes de realidade, desconhecem seu objeto, elaborando-se no vazio [...] Segundo os cálculos mais prudentes, sua extensão,

---

<sup>12</sup> “O pensamento *utilitarista* iluminista sublinhou que o direito a punir teve sua origem no contrato social. E que os homens só renunciaram a uma parte de sua liberdade: a porção menor possível, a indispensável, para constituir um depósito público que garantisse a tranquilidade. Todo castigo que exceda tal delegação é um abuso.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como límite do *ius puniendi*”. In *Estudios penales y jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, p. 249-259 Coord. por Juan José González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996, p. 251. Trad. livre dos autores.

ainda que não de uma forma uniforme e generalizada para todos os tipos de delitos, duplica a criminalidade estatisticamente refletida”<sup>13</sup>.

Daí decorre que, em sendo uma ferramenta que não alcança um real enfrentamento do fenômeno crime, é inútil um Direito penal agressivo, o que remete à necessidade de utilizá-lo com moderação. A intervenção penal, nos diversos âmbitos da vida, inclusive no que tange ao meio-ambiente, não pode ser tão ampla nem tão flexibilizada como se põe a partir de nossa práxis forense.

García-Pablos de Molina refere que “o princípio de “*intervenção mínima*” expressa graficamente um ulterior limite *político-criminal* do *ius puniendi*. Um limite coerente com a lógica do Estado social, que busca o maior bem-estar com o menor custo social, de acordo com um postulado utilitarista”<sup>14</sup>.

Mas este não é o fundamento único que condiciona a intervenção do Direito penal de maneira restrita. O desenvolvimento das Ciências Sociais põe em evidência o fracasso do antigo modelo dissuasório. Abandona-se a idéia de que o Direito penal, da maneira severa como vinha operando, levava a uma prevenção do delito muito melhor que outros instrumentos ou meios de controle social.

As ciências sociais, especialmente a Criminologia, já revelaram que, em primeiro lugar, a pena não intimida. Ademais, a relativa eficácia do Direito penal à prevenção do delito não constitui o recurso mais idôneo ou eficaz neste campo. Finalmente, as análises da *efetividade* e dos *custos* (sociais), especialmente no que tange aos processos de dessocialização derivados da vida no cárcere<sup>15</sup> fundamentam cientificamente a necessidade, de restringir a intervenção do Direito penal a seu mínimo necessário. Nesse sentido, quiçá a análise mais profícua das razões de distintas ordens que apontam para a adequação da adoção de um modelo penal de mínima intervenção encontra-se na obra de Ferrajoli<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 137-139.

<sup>14</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Sobre el principio de intervención mínima...*cit*”, p. 250.

<sup>15</sup> Vide a respeito também BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 152 e ss.

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*. 6ª ed. Roma: Laterza, 2000. Popularizaram-se no Brasil, primeiramente, a edição espanhola FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000 e depois a brasileira FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. De Ana Paula Zommer, Juarez Tavares, Fauzi Hasan Choukr e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Destas idéias parte o desenvolvimento do princípio de intervenção mínima, que se expressa sob duas formas dentro do Direito penal: a limitação pela *fragmentariedade* e a limitação pela *subsidiariedade*.

## 2.1. A FRAGMENTARIEDADE

O Direito penal é fragmentário. A característica, apontada inicialmente no Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial, de Binding, de 1896, era valorada negativamente pelo autor. Segundo seu entendimento, o fato de que o Direito penal não abarcara indistintamente todos os assuntos de interesse jurídico era uma falha. Mas o tempo se encarregou de demonstrar que se trata, em realidade, de uma característica extremamente positiva. É adequado que o Direito penal não intervenha de modo indistinto em todos os casos e reserve-se para as hipóteses de excepcional relevância. Esta é justamente a sua força. Muito Direito penal equivale a nenhum. Assim, modernamente a característica de fragmentariedade na intervenção do Direito penal é entendida positivamente.

Prega-se, portanto, que onde não haja um bem jurídico de extrema importância, não figure aí a intervenção penal. A identificação do *bem jurídico* como referência da dimensão material do injusto, constitui um limite à atividade repressora do Estado. Por isso, representa “um dos conceitos fundamentais do Direito”<sup>17</sup>. O Direito penal se ocupa da proteção de bens jurídicos e limita sua intervenção a casos onde há um dano ou risco de dano a um bem jurídico. O bem

---

<sup>17</sup> É preciso reiterar que alguns autores pretendem fixar um conceito concreto de bens jurídico-penais, identificando-os com os bens constitucionalmente protegidos. Isto não é possível nem tampouco recomendável. (MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, em *Revista Facultad da Universidad de Granada*, 1983, Granada: Editorial Universidad de Granada, 1983, p. 67) , entre outras razões porque o texto constitucional não é um sinônimo de legitimação de garantias democráticas, como demonstram a existência de Constituições de Estados absolutamente totalitários. A “vontade do Führer” era, quiçá o bem jurídico mais preservado pelo modelo de Estado constitucional nacional-socialista na Alemanha dos anos 30 do século passado. A proteção de bens jurídico-penais não necessariamente se identifica com os bens jurídicos que são reconhecidos constitucionalmente. Não cabe falar, portanto, do conceito de bem jurídico penal como aquele que deriva da Constituição. A Constituição só serve, como já frisamos antes, como um limite negativo de valoração. Assim como há bens jurídicos reconhecidos como direitos do cidadão aos quais o Direito penal presta uma larga proteção, ultrapassando inclusive a limitação de um só dispositivo incriminador, como é o caso da proteção à vida, que se expressa no homicídio, no infanticídio e no aborto, assim também, há direitos constitucionais como a liberdade de culto, que não recebem atenção direta do âmbito penal na grande maioria das legislações.

jurídico constitui “um critério bastante aceitável como princípio inspirador de suas decisões em matéria penal”<sup>18</sup>.

Claro está que o bem jurídico “ambiente” não pode ser considerado de somenos importância, pelo contrário. Entretanto, é necessário deixar claro que sua importância não deriva da mera inserção constitucional de que goza<sup>19</sup>, mas sim da relevância que tem para a existência da vida humana na terra. Vale dizer: não se protege o ambiente por ele mesmo, mas sim pelo que ele representa em termos de interesse da humanidade.<sup>20</sup>

Definitivamente, não são todos os bens jurídicos que recebem a proteção penal, senão somente aqueles identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade. Toda norma penal deve ter em sua estrutura de base um bem jurídico, mas este bem jurídico deve ser essencial para o desenvolvimento humano em sociedade. Estes limites, que deve ter o reconhecimento de todo bem jurídico-penal, são compatíveis com um Estado social e democrático de Direito.

Os limites que se estabelecem à intervenção do Direito penal, em relação ao princípio de fragmentariedade, fazem com que pouco a pouco se vão retirando do meio legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem jurídico não se respalda em um consenso social sobre sua imprescindibilidade.

Creemos, no entanto, que no que tange ao ambiente, é evidente sua posição de relevo e importância a justificar a intervenção penal. Outrossim, esta intervenção deve ser limitada e recortada sensivelmente pelas idéias derivadas da intervenção mínima, que não se resumem à mera importância do bem jurídico para o desenvolvimento do ser humano.

---

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 78.

<sup>19</sup> Nesse sentido Morillas Cuevas assinala: “Certo é que o conceito dos bens jurídicos que protege o Direito penal se deve buscar na realidade social. Mas esta realidade social que ao mesmo tempo deve-se conjugar com o equilíbrio entre as diversas maneiras de pensar e de comportar-se em busca do progresso e de bem-estar social está, no Estado de comportar-se direito, em uma norma diretriz obrigatória para a convivência, isto é, a Constituição, que sempre será mais adequada como veículo que garante as liberdades e necessidades cidadãs que expressões como as de “condições valiosas” ou “funcionalidade e desfuncionalidade do sistema social estatal”. A esta proposta pode criticar-se sua escassa mobilidade. Não seria acertado, pois os bens jurídicos não são uniformes, mas diferentes segundo a constituição e, portanto, o âmbito social onde se movam e o momento histórico no que se produzam.” *In* MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima...*cit.*”, p. 73.

<sup>20</sup> Vale ressaltar, neste sentido, a afirmação de Raul Brañes, *in* BRAÑES, Raúl. *Manual...cit.*, p. 19-20: “El derecho ambiental se ocupa, entonces, de la protección de la vida, pero lo hace en consideración los elementos y las complejas relaciones que, momento a momento, permiten que la vida sea posible. Este conjunto de elementos y relaciones se denomina “ambiente”.”

Segundo Muñoz Conde<sup>21</sup>, “este *carácter fragmentário do Direito penal* aparece em uma tripla forma”, ao mesmo tempo “defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade”, depois “tipificando só uma parte do que nos demais ramos do ordenamento jurídico se estima como antijurídico” e, finalmente “deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais”.

De outro lado, o atual grau de desenvolvimento social conduz, de modo cada vez mais intenso ao reconhecimento da existência de bens jurídicos metaindividuais, reflexo de um processo de neocriminalização que afronta a intervenção do Direito penal moderno<sup>22</sup>. Mas, se a migração para o Direito penal moderno é inexorável, de outro lado é inadmissível que a marcha evolutiva prive ou deixe a um segundo plano as conquistas principiológicas cidadãs. Assim importa entender como bens jurídicos penais coletivos tão somente aqueles cujo reconhecimento não implique a negação de alguma das garantias cidadãs. Por outro lado, como já manifestamos, estes bens jurídicos coletivos merecem a sua proteção só enquanto sirvam ao desenvolvimento pessoal do indivíduo em sociedade, idéia que corresponde ao que a doutrina reconhece como teoria monista personalista do bem jurídico.

A teoria *monista personalista* identifica o bem jurídico coletivo só enquanto serve ao desenvolvimento pessoal do indivíduo<sup>23</sup>.

Como referimos alhures<sup>24</sup>, nossa preferência provém do fato de que é a teoria monista personalista que melhor responde aos pressupostos democráticos adequados à proteção do indivíduo<sup>25</sup>. O reconhecimento dos bens jurídicos universais, como o meio ambiente ou a economia, aprofundado mais pelo desenvolvimento dos processos de socialização que apregoam as ciências sociais, é motivo de reflexão para determinar se os interesses da sociedade e do Estado devem primar frente aos interesses individuais.

---

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...cit.*, p. 80.

<sup>22</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. ...cit.*, p. 52.

<sup>23</sup> Neste sentido HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109: “Precisamente a meta de uma teoria monista personalista é funcionalizar os interesses gerais desde o ponto de vista da pessoa, deduzindo os bens sociais e estatais do indivíduo. Para esta teoria, os interesses gerais só se podem reconhecer legitimamente na medida em que sirvam aos interesses pessoais.”

<sup>24</sup> Vide, a respeito, BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 56 e ss.

<sup>25</sup> Neste ponto estamos de acordo com o que preconiza Muñoz Conde: “Só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar com legitimidade uma concepção liberal de Estado, [...]”. In HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal...cit.*, p. 109.

Não basta estabelecer o reconhecimento de uma agressão a um bem jurídico para o reconhecimento da presença de um delito e a conseqüente intervenção do Direito penal. Tendo em conta que o *ius puniendi* responde a um desvalor do resultado, mas também um desvalor da ação, há que se reconhecer a existência de uma conduta que afeta a esse bem jurídico.

Em conclusão, em um Estado social e democrático de Direito, a obediência ao princípio de intervenção mínima constitui um de seus limites. O Direito penal, como mecanismo de controle social, só deve atuar quando se produzam lesões ou perigos de lesão intoleráveis contra os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade<sup>26</sup>.

A esta seleção de bens jurídicos que faz o Direito penal se costuma denominar “fragmentariedade”. A fragmentariedade é, portanto, uma característica do princípio de intervenção mínima. Outrossim, aqui ainda não se dá por terminado o recorte necessário derivado do princípio de intervenção mínima. Mesmo sendo o ataque ao bem jurídico qualificado como de especial gravidade e este bem jurídico seja considerado essencial, a intervenção penal só se justifica quando o interesse a ser protegido não recebe melhor resposta a partir de outro ramo do direito. Daí decorre a idéia de subsidiariedade;

## 2.2. A SUBSIDIARIEDADE

A característica de subsidiariedade é também proveniente do princípio de intervenção mínima<sup>27</sup>. Esta característica condiciona a intervenção do Direito penal à comprovação da incapacidade dos demais mecanismos de controle social em resolver adequadamente o problema<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Nesse sentido: “O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo *principio de intervenção mínima*. ... só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes.” MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal... cit.*, p. 72.

<sup>27</sup> De acordo com isto se pronuncia Muñoz Conde: “A meu juízo a “subsidiariedade”, “acessoriedade”, ou “secundariedade”, não é mais que uma das conseqüências do princípio de intervenção mínima.” In MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal... cit.*, p. 72.

<sup>28</sup> Nesse sentido Ribeiro Lopes assinala: “Tem-se entendido, ainda, que o Direito Penal deve ser a *ratio* extrema, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do Direito se revelaram incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.” LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal, análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 64.

Silva Sánchez<sup>29</sup> refere que “deve-se prescindir da cominação e sanção penal sempre que, no caso em questão, caiba esperar efeitos preventivos similares (ou superiores) da intervenção de outros meios menos lesivos, como, por exemplo, medidas estatais de política social, sanções próprias do Direito Civil, do Direito Administrativo, ou inclusive meios não jurídicos de controle social”.

O oportuno comentário de Silva Sánchez deixa claro que pleitear a não intervenção penal em determinados casos não significa pugnar pela ausência completa da intervenção do Direito ou a desnecessidade de intervenção estatal, ou ainda, a irrelevância completa do fato em si, como freqüentemente se pensa.

Já sustentamos que o Direito penal não é uma solução para todos os males<sup>30</sup>. A intervenção penal deve ficar reservada para as hipóteses em que falharam outros mecanismos de defesa social<sup>31</sup>. Ao Direito penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social.

Por outro lado, quando se produzam ataques aos bens jurídicos, estes têm que ser intoleráveis. Se não reúnem esta característica, sua atenção pode ficar reservada para outros campos do direito. Assim, por exemplo, existem situações em que a intervenção do Direito penal não teria sentido: não se pode falar de necessidade de intervenção do Direito penal para cobrar uma inadimplência de aluguel, quando as medidas civis de despejo se provam mais eficientes e menos custosas. Isso não implica negar ao patrimônio a condição de bem jurídico essencial do indivíduo, apenas reconhece a hipótese como um “ataque menos grave” a esse bem.

Em algumas situações o Direito penal já dá mostras de incapacidade. A pena vai sendo substituída por outros mecanismos de intervenção. Temas como o direito ambiental põem isso em evidência. Em que auxilia o meio ambiente a intervenção penal? Quiçá se possa pensar

---

<sup>29</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 247.

<sup>30</sup> Nesse sentido García-Pablos: “O direito penal não é o recurso mais idôneo e eficaz para prevenir o delito, não é, tampouco, a resposta natural e primária, nem a solução a mesmo! Mais direito penal não significa menos delito; ... A pena não convence, dissuade, atemoriza. Reflete mais impotência, o fracasso e a ausência de soluções que a convicção e a energia necessárias para abordar os problemas sociais.” GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Sobre el principio de intervención mínima...*cit.*”, p. 251.

<sup>31</sup> “A “intervenção subsidiária do Direito Penal [...] é um postulado limitador do “*ius puniendi*”, de fundamento político-criminal, que sugere aos poderes públicos um uso parco e cauteloso dos gravosos recortes ‘penais’, precisamente porque o Estado de Direito dispõe de outros meios eficazes e de menor custo social.” Idem, p. 253. Trad. livre dos autores.

no efeito dissuasório da ameaça penal – o que é, em si, uma falácia – para justificar a incriminação. Porém, nada pode justificar o processo de criminalização secundária nos moldes com que se vêm desenvolvendo. Ou seja, é necessário deixar evidente que a supressão do princípio de intervenção mínima e a eventual aplicação de pena em nada melhora a condição do meio ambiente. Daí a necessidade de se utilizar da intervenção penal somente quando verificada a completa inoperância dos mecanismos jurídicos menos invasivos.

### 2.3. EFEITOS DO PRINCÍPIO DE INTERVENÇÃO MÍNIMA.

São inumeráveis as conseqüências da adoção do princípio de intervenção mínima nas distintas vertentes do Direito penal.

Entre elas, convém destacar o *princípio de humanidade* e o *princípio de proporcionalidade*, por este aspecto conectando com o princípio de legalidade e de culpabilidade.

O primeiro contém considerações a respeito do fato de que o Direito penal está pensado em termos do homem e atua sob a forma de um mal que é imposto a esse mesmo homem. O castigo, em nenhum caso, pode ultrapassar os limites mínimos de dignidade humana. No segundo, representa nada mais que a concreção de uma idéia geral de justiça. Ele se expressa, por exemplo, no âmbito da pena, com a abolição das penas infamantes como as galés, os suplícios, etc.

No *princípio de proporcionalidade*, segundo Sánchez García<sup>32</sup>, se trata de plasmar a idéia de igualdade concreta, “tratando igualmente ao igual e desigualmente ao desigual”. Carbonell Matteu<sup>33</sup> também afirma que podem ser postos em relação o princípio de proporcionalidade e o princípio de igualdade e, como conseqüência, menciona que a tratativa com penas idênticas a hipóteses delitivas diferentes estaria ferindo, simultaneamente, os dois princípios.

Se expressa principalmente em dois pontos: um *interno*, da própria norma, quando se refere ao fato de que a proporcionalidade de reação do Estado à aflição ou ao castigo, deve

---

<sup>32</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”, in *La Ley*, 1994-4. Madrid: La Ley, 1994, p. 1114.

<sup>33</sup> CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto e principio constitucionales*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 213.

concordar com o grau de importância do bem jurídico<sup>34</sup>; *outro, externo*, se refere à necessária proporcionalidade entre a reação do Direito penal frente aos distintos ataques aos bens jurídicos, é dizer, a manutenção de um equilíbrio entre os distintos dispositivos de incriminação já que “não é somente preciso ponderar o grau de liberdade que se consegue com a limitação penal e o benefício que se obtém com esta, mas também as diferentes intervenções do Direito Penal entre si”<sup>35</sup>. Ademais, o faz sempre pelo sentido “negativo” é dizer, servindo de suporte para as contestações das normas jurídicas que exprimem desproporções<sup>36</sup>.

A pena deve ser proporcional à gravidade do desvalor da ação e do resultado, sempre considerando o grau de importância do bem jurídico em apreço<sup>37</sup>.

### **3. O PRINCÍPIO DE PRECAUÇÃO.**

Tratou-se, no tópico anterior, acerca da responsabilidade penal em matéria ambiental, em especial referência à necessária tutela penal do bem jurídico meio ambiente, todavia em observância ao princípio da intervenção mínima.

A análise empreendida até o momento permite afirmar que o Direito Ambiental<sup>38</sup>, utilizando-se de ciências jurídicas previamente existentes, tais como o Direito Civil (Responsabilidade Extracontratual), Direito Penal e Direito Administrativo, todavia sem olvidar os princípios inerentes às mesmas, particulariza-as ao conjugá-las aos seus princípios vetores em prol da proteção de seu objeto.

#### **3.1 O sistema constitucional de tríplice responsabilização ambiental (art. 225, § 3º CF/88) e o Estado de Direito Ambiental**

---

<sup>34</sup> Nesse sentido, Carbonell Matteu (Idem, p. 210) refere que “o princípio de proporcionalidade, em sentido estrito, obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a consequência jurídica. (Trad. livre dos autores).

<sup>35</sup> Idem, p. 210.

<sup>36</sup> Nesse sentido SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. “El principio constitucional de proporcionalidad...*cit.*”, p. 1116.

<sup>37</sup> Não se pode admitir, por exemplo, como ocorre no Brasil, que os maus tratos a animais sejam punidos mais gravemente que os maus tratos contra as pessoas.

<sup>38</sup> O conceito de Direito Ambiental a ser adotado é aquele expresso por Raul Brames *in* BRAÑES, Raúl. *Manual...cit.*, p. 20: “conjunto de normas jurídicas que regulam as condutas humanas que podem influenciar de uma maneira relevante nos processos de interação que têm lugar ente os sistemas dos organismos vivos e seus sistemas de ambiente, mediante a geração de efeitos dos quais se espera uma modificação significativa das condições de existência de ditos organismos”.

Na busca da tutela ambiental (seja na modalidade preventiva, sancionatória ou reparatória) o sistema constitucional brasileiro adotou a tríplice responsabilidade (civil, penal e administrativa), referendada em seu art. 225 § 3º o qual dispõe 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”.

As condutas lesivas, portanto danosas ao meio ambiente, sejam elas comissivas ou omissivas, sujeitarão os infratores (considerados estas pessoas físicas ou jurídicas) à tríplice responsabilidade ambiental. Ocorre que, diante da sistemática constitucional, as sanções (civis, penais ou administrativas) serão imputadas ao infrator de forma autônoma e independente, entretanto, articuladas.

Cabe asseverar que a sanção civil possui cunho reparatório, a administrativa e a penal, por sua própria natureza, sancionatório, de acordo com as infrações estipuladas em legislação infraconstitucional. O critério distintivo das múltiplas sanções a ser adotado não se refere às teorias qualitativas ou quantitativas, mas sim ao regime jurídico aplicável a cada uma delas.

Com efeito, em se tratando de matéria ambiental, não haverá distinção, em muitas ocasiões, da sanção a ser aplicada, a exemplo da sanção penal “multa” e da sanção administrativa “multa”. Ademais, os tipos penais e administrativos previstos tanto na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9605/98) quanto no Decreto Federal 3179/99, que regulamenta as infrações administrativas ambientais, são idênticos<sup>39</sup>.

Diante da relevância do bem jurídico protegido, haverá casos em que a tríplice responsabilidade será efetivada de forma concomitante. De mais mais, a especial importância da tutela ambiental consagrou o meio ambiente como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, o art. 225 da Constituição Federal dispõe que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

---

<sup>39</sup> A adoção do critério formal (regime jurídico aplicável) é elaborada por Leonardo Papp, in PAPP, Leonardo. *Fundamentos da sanção ambiental administrativa: uma abordagem integrativa*, Florianópolis, 2005, 310p., Dissertação (Programa de Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, p. 189 e seguintes. Relata o autor que “mantendo-se o *critério formal* como ponto de partida, pode-se dizer que (...) é o regime jurídico que distingue a sanção administrativa das demais sanções jurídicas, pois apenas as sanções administrativas são decorrência do exercício da *função administrativa* do Estado, ao passo que as sanções civis e penais são manifestações da função estatal jurisdicional. Estendendo-se a aplicação de tal critério formal (regime jurídico aplicável), pode-se também diferenciar as diversas formas de responsabilização através dos quais se manifesta a atuação sancionatória estatal.

qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A Constituição, ao consagrar em si os bens jurídicos relevantes de uma dada sociedade cultural, rege por meio de princípios e direitos fundamentais. Em sua estrutura refletem normas decorrentes de anseios sociais e culturais, constituindo-se em um verdadeiro “pacto de gerações”<sup>40</sup>.

Acerca do conteúdo do texto constitucional, observa-se uma abrangência maior de direitos e garantias coletivos, retendo muitas das normas projeções de esperança; verdadeiros desejos de utopias. De forma a estruturar o Estado, com clareza define-se o marco fundamental concebido à Constituição: esta é lei intransponível, dotada da função de conceber limites legislativos e conformar ideais democráticos. Em meio a um contexto tão profícuo e denso de ordenamentos, princípios e direitos, nasce um ideal paradigmático ao próprio Estado de Direito, referenciado pelo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tal re-configuração gera no Estado Constitucional uma flexibilização dos âmbitos republicanos - o público, o estatal e o privado - variáveis a cada geração.

A visão ecológica vincula-se a toda uma seara material constitucional. Firma-se, então, o Estado de Direito Constitucional Ambiental moldado na ética da responsabilidade, na tolerância e na primazia do bem-estar social através da premissa da dignidade da pessoa humana e da democracia<sup>41</sup>.

Para Jordano Fraga, a formulação de um Estado ambiental de direito possui – além das conseqüências ideológicas- sobretudo conseqüências práticas. Estas se atêm na juridificação dos conflitos ambientais e na afirmação do princípio da legalidade ambiental<sup>42</sup>. José Joaquim Gomes Canotilho, ao abordar o Estado Constitucional Ecológico, realiza estudo específico das suas dimensões jurídicas fundamentais<sup>43</sup>. Regido por princípios ecológicos, a

---

<sup>40</sup> Cf. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, Mexico: UNAM, 2001, pp. 15 e ss.

<sup>41</sup> O Estado de Direito Ambiental recebe diversas denominações, todas com um mesmo significado. Assim, refere-se FRAGA, Jesús Jordano. “El derecho ambiental del siglo XXI”. In *Revista de Direito Ambiental*, v. 36, ano 9, out.-dez. 2004, p. 211, ao “Estado Ambiental de Direito”, enquanto CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado constitucional ecológico e democracia sustentada”. In FERREIRA, Heline Sivini e LEITE, José Rubens Morato. (orgs.) *Estado de Direito Ambiental: tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 3-16, Mo trata como “Estado Constitucional Ecológico” e LEITE, José Rubens Morato, *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004 p. IX, utiliza a expressão “Estado de Direito Ambiental”.

<sup>42</sup> Cf. FRAGA, Jesús Jordano. “El derecho ambiental...*cit.*”, p. 211.

<sup>43</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado constitucional...*cit.*”, pp. 3 e ss.

dificuldade ao seu alcance centra-se, no entanto, na procedibilidade quanto à positivação normativo-constitucional do ambiente, além de discussões concernentes ao plano filosófico (visão antropocêntrica, ecocêntrica ou economicocêntrica), bem como à sociedade de risco e às idéias de justiça intergeracional e direitos de futuras gerações.

Uma aproximação jurídico-constitucional ao Estado Ecológico demanda uma concepção integrada ou integrativa do ambiente, através de um direito imposto a este fim. Tal conceito referencia-se a uma proteção não isolada de ecossistemas, remontando à concepção de bem jurídico ambiental em sentido amplo.

De um modelo de interferência pontual – caracterizado por legislações esparsas e difusas e instrumentos tópicos de controle ambiental- a tutela do meio ambiente recebe um modelo de interferência global ou “omnicomprensiva”, primando pela subordinação das políticas públicas e privadas aos ditames ambientais<sup>44</sup>.

Ao Estado incumbe a tarefa de estruturar um sistema de gestão de riscos ambientais, inserida em uma concepção integradora com a coletividade<sup>45</sup> e, ao mesmo tempo, cuidar de delimitar a intervenção sancionatória aos limites imprescindíveis à efetivação desta proteção. As dificuldades encontradas se atêm principalmente na previsão de riscos ambientais e na difícil reparabilidade dos mesmos, embora sejam os mecanismos precaucionais, de recuperação e reconstituição seu centro operacional. “A primeira e imediata resposta seria que é muito difícil esta tarefa face à complexidade dos problemas emergentes e à situação de transição que enfrenta a sociedade [...]”<sup>46</sup>.

O Estado de Direito Ambiental traz consigo um típico direito pós-moderno, fruto da sociedade científico-técnico-industrial. Diversamente do que ocorre com os tradicionais direitos sociais, que visam compulsoriamente e positivamente a criar e realizar o que não existe

---

<sup>44</sup> Cf. GEVAERD FILHO, Jair Lima, *O estudo de impacto ambiental e o passivo ambiental da empresa*, Curitiba, 1995. 188p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, pp. 32 e ss.

<sup>45</sup> Neste sentido, PAPP, Leonardo. *Fundamentos da sanção ambiental administrativa...cit.*, atesta que “Diante da constatação de que ao Estado é conferido papel de agente atuante na defesa e promoção do equilíbrio ecológico, inclusive com a atribuição constitucional de deveres específicos, caberia questionar qual(is) a(s) estratégia(s) que deve(m) ser empregada(s) pelo aparato estatal com o objetivo de bem desempenhar seu mister. A resposta a essa indagação passa pela necessária consideração de uma premissa básica: também o aparato jurídico por meio do qual o Estado procurará garantir o equilíbrio ecológico está inserido num cenário marcado pela sociedade de risco. Olvidar aspectos como a complexidade, a fluidez e a insegurança que gravitam em torno das questões ambientais seria ceder lugar à consolidação da *irresponsabilidade organizada*, relegando à ineficácia os instrumentos jurídicos de proteção ao bem ambiental, restando-lhes apenas uma *função simbólica* (...)”

<sup>46</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p.20.

(habitação, serviço de saúde), o Estado de Direito Ambiental tem por finalidade garantir o que já existe (bem ambiental) e recuperar o que deixou de existir (dano ambiental). O Estado de Direito Ambiental diz respeito a um perfil modificado de direito social, exigindo, fundamentalmente, ações de cidadania compartilhada entre Estado e cidadãos, utilizando mecanismos precaucionais, preventivos, de responsabilização, de preservação e reconstituição<sup>47</sup>. Há sérias dúvidas, porém, sobre até que ponto este papel pode ser atribuído, com êxito, ao Direito penal.

A dificuldade em se alcançar este estágio estatal rodeia-se por meio da dependência de ações políticas e consciência cidadã sob um fundo democrático, somada à desordem do sistema, à complexidade da crise ambiental e o esvaziamento da capacidade regulamentar do Estado. Além disso, o Estado de Direito do Ambiente exige a configuração dos elementos do Estado de Direito, do Estado Democrático e do Estado Social.<sup>48</sup>

A solução possivelmente esteja nos ensinamentos de Morato e Ayala: “Um paradigma do desenvolvimento duradouro fundado em equidade intergeracional e uma visão menos antropocentrismo radical parecem melhor condizentes para a construção do Estado de Direito do Ambiente, posto que é proveniente de um diagnóstico das políticas anteriores e ineficazes. Não se deve esquecer, contudo, que, mesmo neste novo modelo, o paradoxo existe, pois os Estados são, ao mesmo tempo, forçados a garantir, de um lado, a produção, a tecnologia de ponta e, de outro, o equilíbrio ecológico.”<sup>49</sup>

### **3.2. O princípio da precaução**

Os mecanismos precaucionais configuram-se como instrumentos fundamentais à tutela ambiental, não sendo um exagero afirmar que o princípio da “precaução” é considerado sustentáculo chave do Direito ambiental e da implementação de um Estado Constitucional Ambiental. Partindo-se de uma análise da sociedade de risco, compreende-se a questão ambiental como uma constante ameaça ao bem-estar coletivo, devido à deteriorização das condições

---

<sup>47</sup> Idem, p.30.

<sup>48</sup> Cf. Idem, p.21. Os mesmos autores afirmam: “Em horizonte de início de milênio na reconfiguração das forças políticas de um mundo marcado por desigualdades sociais, empobrecimento das maiorias e degradação ambiental, em escala planetária, a construção de um Estado do ambiente parece uma utopia realista, porque sabe-se que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e o consumo existentes.”

<sup>49</sup> Idem, p. 24.

essenciais a uma sadia qualidade de vida, e aos prognósticos mais catastróficos que otimistas.<sup>50</sup> Tal princípio está presente na Declaração do Rio de Janeiro, em seu artigo 15 bem como na Recomendação de Estocolmo de 1970<sup>51</sup> <sup>52</sup>.

Precaução significa “medida antecipada que visa prevenir um mal; prevenção, cuidado.”<sup>53</sup> Oposto ao desleixo, agir de forma precavida é realizar um diagnóstico da situação ‘ex ante’, verificando ponto a ponto quais as possíveis conseqüências a serem geradas pelo ato/omissão, com a finalidade única de evitar ou minimizar a ocorrência de danos. Ora, ao ser conceituado o meio ambiente como “bem jurídico” além de toda uma criação científico-dogmática qualificando-o como direito coletivo ou difuso, questionou-se uma reformulação jurídica no sentido de como efetivamente preservá-lo e, em razão de sua caracterização de bem insubstituível e condição *sine qua non* aos demais direitos fundamentais, tornou-se sua garantia plausível através da noção de proteção antecipada a eventuais danos.

Sua preservação (ou conservação) refutava um princípio jurídico, o qual se concretiza com a criação da noção de prevenção/precaução, pois os riscos sempre estarão

---

<sup>50</sup> Cf. JONAS, Hans, *El principio responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. BARCELONA: Editorial Herder, 1995. p. 76.

<sup>51</sup> Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” SCOVAZZI, Túlio., Sul principio precauzionale nell Diritto Internazionale dell’Ambiente, *Apud* MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro*, 10. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 56, afirma que o princípio da precaução não possui como finalidade a proteção do meio ambiente, mas procura indicar soluções a serem tomadas em casos onde os efeitos de uma atividade não sejam conhecidos. De fato, a redação do princípio 15 assinala esta indicação, todavia claramente expõe em sua frase inicial o objetivo da proteção ao meio ambiente. Para WOLFRUM, Rüdiger. “O princípio da precaução”. In VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 16, o texto citado contém duas premissas: o dano tem de ser irreversível e as medidas a serem tomadas devem ser economicamente viáveis, sugerindo sua redação que a abordagem precaucionária deve ser amplamente aplicada, todavia não obrigatória.

<sup>52</sup> A Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano reconhece a necessidade de salvaguardar os recursos naturais através de planejamento cauteloso e gerenciamento, como se visualiza em seu princípio 2º: “Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados.” No entanto, cf. WOLFRUM, Rüdiger. “O princípio da precaução”...*cit.*, p. 14, “a primeira referência internacional explícita ao princípio da precaução está contida na Declaração Ministerial da Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, de novembro de 1984.” ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod de. *El derecho ambiental y sus principios rectores*. Madrid: Editorial Dykinson, 1991, p. 371 et seq., trata do princípio da regulação jurídica integral englobando os princípios da prevenção e repressão, defesa e conservação e melhoramento e restauração. Indica inúmeros instrumentos jurídicos internacionais nos quais estes estão presentes, como exemplo a Declaração de princípios sobre a luta contra a contaminação do ar do Conselho da Europa; a Carta de Machu Pichu (1997).

<sup>53</sup> HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2280.

presentes, ao contrário dos perigos, os quais geralmente são proibidos.<sup>54</sup> Nesse sentido, em uma correta compreensão dos riscos, é proposta uma postura que lhe atribui funcionalidade, como instrumento de gestão de riscos, e não de danos, onde se acentua sua dimensão precaucional e preventiva.<sup>55</sup>

No ordenamento constitucional pátrio, o artigo 225 incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente. Esta obrigação é complementada pelos instrumentos nele previstos assim como nos instrumentos jurídicos contidos em leis ambientais esparsas.

O fundamento da precaução está, igualmente, na proteção às gerações futuras, como dispõe o *caput* do art. 225 da Constituição, envolto pelo princípio da responsabilidade para com os futuros seres humanos. Constitui-se em um princípio basilar do Direito Ambiental, já que a precaução é um ato de se evitar um perigo iminente e possível. Somente através de um cuidado prévio dos recursos naturais e de um estudo sobre os riscos possíveis que uma determinada atividade pode resultar, é que as chances de segurança de um perigo serão garantidas.<sup>56</sup>

Na dogmática jurídica, visualiza-se uma substancial mudança, pois através da precaução antevêm-se os atos - evitando-os - em virtude tão somente da ação ou atividade considerar-se de risco. Ademais, no campo processual, impõe-se ao empreendedor o ônus de provar a eventual não prejudicialidade ao meio ambiente de sua ação<sup>57</sup>.

A implementação do princípio da precaução pelos magistrados surtirá em uma reavaliação de posturas ao possuírem como base julgadora tão somente probabilidades. De tal forma, “uma posição intermediária requer que os magistrados identifiquem e extraiam o princípio

---

<sup>54</sup> Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme, *Direito ambiental brasileiro, ...cit.*, pp. 53 e ss. Ainda, cf. LOPRENA ROTA, Loperena. *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Civitas, 1998, p. 93, o princípio da precaução no direito ambiental é uma aplicação específica de um princípio geral do Direito referente aos usufrutuários ou possuidores de bens que não lhes pertencem e que no futuro esperam outros proprietários.

<sup>55</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco. ...cit.*, p. 5.

<sup>56</sup> KÄSSMAYER, Karin. “Aspectos jurídico-sociais da Engenharia Genética”. In *Estudos de Biodireito*. Curitiba: Gênese, 2004. p. 93.

<sup>57</sup> Cf. WOLFRUM, Rüdiger. “O princípio da precaução”...*cit.*, p. 18. Quanto à alteração da dogmática jurídica no campo do direito penal, esta se torna especialmente relevante ao deter para si o direito penal a incumbência de proteção a bens jurídicos supra-individuais ou coletivos, como o meio ambiente. Cria-se, em um cenário envolto por críticas, as figuras delitivas dos tipos penais de perigo concreto e abstrato. Com efeito, os crimes de perigo caracterizam-se por anteciparem a ação penal, uma vez que não há a exigência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, mas tão somente um perigo de lesão, ou melhor, uma exposição do bem jurídico ao perigo. Situam-se, pois, em uma etapa prévia à lesão. Justifica-se a criação de tais tipos delitivos pela própria natureza dos bens protegidos, já que, dada a sua relevância, a mera exposição a um perigo justifica a sanção criminal. Assim, os bens ambientais já estariam demasiadamente afetados quando postos em perigo. Neste sentido, vide HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstrato”. In *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 19, 2001, pp. 147 e ss.

da precaução do art. 225 do texto constitucional e o apliquem, desde que uma hipótese de risco cientificamente plausível seja admitida por parte significativa da comunidade científica, no momento em que a decisão esteja sendo tomada”<sup>58</sup>.

Quanto ao vocábulo utilizado, a doutrina nacional faz menção à prevenção e à precaução ora como sinônimos, ora como princípios complementares, porém com uma diferença na tipologia do perigo. Neste sentido, Leite e Ayala diferem o princípio da prevenção do princípio da precaução utilizando como bases as categorias de risco<sup>59</sup>.

Enquanto o princípio da prevenção configura-se em relação ao perigo concreto, o princípio da precaução destina-se ao perigo abstrato. O conteúdo do princípio da prevenção é dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco fornecido pela atividade ou comportamento, que, assim, revela situação de maior verossimilhança do potencial lesivo que aquela controlada pelo princípio da precaução<sup>60</sup>.

Em que pese esta diferenciação não se expanda a toda a doutrina ambiental, como ressalta Edis Milaré<sup>61</sup>, a questão primordial centra-se na importância do princípio ao diagnosticar possíveis riscos, evitando-os, medida esta cabível à proteção do bem ambiental e daqueles a ele dependentes, como a saúde humana.<sup>62</sup>

O princípio da precaução, portanto, advém do progresso tecnológico e das incertezas científicas quanto aos riscos e danos dele advindos, sendo “fruto da urgência e da prudência”.<sup>63</sup> Daí a primordial importância na fiscalização e controle da produção,

---

<sup>58</sup> SILVA, Solange Teles da. “Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas”. In VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 89.

<sup>59</sup> Cf. LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco...cit.*, p.62.

<sup>60</sup> LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco...cit.*, p. 63.

<sup>61</sup> Cf. MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 143 et. seq: “De início, convém ressaltar que há juristas que se referem ao princípio da prevenção, enquanto outros reportam-se ao princípio da precaução. Há, também, os que usam ambas as expressões, supondo ou não diferenças entre elas. Com efeito, há cambiantes semânticos entre essas expressões, ao menos no que se refere à etimologia. (...) A diferença etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que prevenção é mais ampla do que precaução e que, por seu turno, precaução é atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para casos concretos.”

<sup>62</sup> Em estudo específico sobre a engenharia genética e a lei de biossegurança, utilizamos tão somente a denominação precaução, destacando sua aplicação às empresas de Engenharia Genética. Cf. KÄSSMAYER, Karin. “Aspectos jurídico-sociais da Engenharia Genética...cit.”, pp. 93 e ss.

<sup>63</sup> RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. “O princípio da precaução e a sua aplicação na justiça brasileira: estudo de casos”. In VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.<sup>64</sup>

Interessante é o posicionamento de Cristiane Derani. Para a autora, além de orientar os objetivos de uma política de proteção ambiental, o princípio da precaução também integra o planejamento de uma política econômica, visando o desenvolvimento sustentável. Precaução ambiental é necessariamente a modificação do modo de desenvolvimento da atividade econômica.<sup>65</sup> A base da precaução não é o risco, necessariamente, mas a razão final do que se produz. Ora, seu raciocínio vai além da simples precaução no caso concreto: na busca do bem estar de uma coletividade, deve-se discutir a própria atividade produtiva; sua necessidade à comunidade, sob o ponto de vista de um aumento da qualidade de vida, e não de sua prejudicialidade.

Sua aplicabilidade é imediata, ou seja, “o princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas se materializa na busca da segurança do meio ambiente e da continuidade de vida.”<sup>66</sup> Esta materialização é prevista ao se aplicarem as exigências constitucionais de preservar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistema; fiscalizar as empresas dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir espaços territoriais especialmente protegidos; controlar a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco à vida, qualidade de vida e meio ambiente, implementar a educação ambiental e vedar práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e da flora ou que provoquem a sua extinção.

Dentre estas exigências, merece especial destaque o estudo de impacto ambiental como instrumento de política ambiental, dada a relevância prática e efetividade consistente no alcance à precaução. Diante da incerteza do dano, o estudo de impacto ambiental revela-se pertinente à análise da obra e demais atividades possivelmente causadoras de consideráveis impactos ambientais.

No estudo prévio, poderão ser levantadas as dúvidas e incertezas quanto aos riscos da atividade ou da obra e aos danos hipotéticos que poderia causar como também de sua real necessidade para a melhoria das condições da qualidade de vida da população brasileira. O

---

<sup>64</sup> Cf. art. 225, § 1º., inciso V da Constituição brasileira.

<sup>65</sup> DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 170.

<sup>66</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro... cit.*, p. 65.

estudo de impacto ambiental proporciona, portanto, uma base de ação para a administração pública.<sup>67</sup>

Conceituado o princípio, torna-se evidente a sua relevância no alcance ao desenvolvimento sustentável. Aliás, a prevenção de danos ambientais somada à gestão sustentável de bens ambientais torna otimista a concretização de um desenvolvimento sustentável e garante um meio ambiente ecologicamente equilibrado às futuras gerações.

Prevenir o dano ambiental e a degradação, em si mesmo, é um elemento decisivo em qualquer regime construído sobre o princípio do desenvolvimento sustentável, uma vez que a sustentabilidade pressupõe o afastamento de danos irreversíveis ou degradação.<sup>68</sup>

Assim como o desenvolvimento sustentável centraliza-se em sua dimensão temporal, o princípio da precaução igualmente se atém ao futuro e à equidade intergeracional, compreendida esta como um fluxo constante da humanidade.<sup>69</sup> De fato, “em determinadas situações, a aplicação do princípio da precaução é uma condição fundamental para proteger os direitos das gerações futuras.”<sup>70</sup> É, igualmente, uma condição da definição da sustentabilidade.

O princípio da precaução, portanto, circunscreve-se em um novo referencial no qual a sociedade está exposta a riscos diários, urgindo para seu controle uma regulação jurídica e um repensar dos limites de atuação estatal.

#### **4. A confrontação entre os princípios.**

Vistos separadamente os princípios, apresenta-se uma contradição fundamental: como é possível obedecer às diretrizes de pensamento de precaução de ocorrência de riscos ambientais, compatível com o compromisso de preservação dos meios de vida das futuras gerações e de um direito penal que cuida de atribuir responsabilidades de modo absolutamente limitado por força de sua condição de *ultima ratio*, no âmbito dos mecanismos de controle social do Estado.

---

<sup>67</sup> SILVA, Solange Teles da. “Princípio da precaução...*cit.*”, p. 86.

<sup>68</sup> WOLFRUM, Rüdiger. “O princípio da precaução”...*cit.*, p. 24. Neste mesmo sentido, cf. SILVA, Solange Teles da. “Princípio da precaução...*cit.*”, p. 85: “Ele (princípio da precaução) constitui o fio condutor da lógica da proteção ambiental, da defesa e da preservação do meio ambiente para as gerações presentes e vindouras.”

<sup>69</sup> Cf. KISS, Alexandre. “Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução”. In VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 4.

<sup>70</sup> KISS, Alexandre. Os direitos e interesses das gerações futuras...*cit.*, p. 12.

Daí derivam várias questões. Em primeiro lugar, saber se o Direito penal e a matéria ambiental são compatíveis. Em caso afirmativo, em segundo lugar, em que etapa da intervenção estatal pode estar presente o Direito penal como mecanismo de intervenção do Estado. Em terceiro lugar, ainda admitida a compatibilidade penal-ambiental, quais são os limites que se deve impor a esta intervenção.

#### **4.1 Da compatibilidade penal-ambiental.**

Há que se reconhecer que uma importante corrente jurídico-penal entende que a matéria ambiental é incompatível com a postura de *ultima ratio* oferecida para o Direito penal. Entre estes autores, figura exponencial é a de Winfried Hassemer, que prega que a matéria, entre outras, deverá estar inserida na seara de um Direito administrativo sancionador que cuida da ordenação social.<sup>71</sup>

A respeitável postura de Hassemer e daqueles que concordam com ele ampara-se justamente em uma correta atitude de confrontação com a tendência moderna e nociva de expansão do Direito penal.

Entretanto, é necessário reconhecer que o Direito penal, tal como todos os demais ramos do direito, são uma criação do homem, por ele e para ele, ou seja, são voltados à regulamentação da vida humana em sociedade. Ocorre que a sociedade encontra-se em permanente mutação, seus valores históricos, culturais e morais variam em relação direta com a evolução do próprio pensamento humano. De ser assim, não é lícito pensar em um Direito fixo. Mesmo o Direito penal, deve comportar, não só em termos de categorias do delito, como também em termos de processos de criminalização primária e secundária, uma evolução.

É verdade que esta evolução deve implicar principalmente em processos descriminalizadores e despenalizantes, para manter consonância com o vaticínio de Radbruch<sup>72</sup>. Por outro lado, não é menos verdade que a identificação de novos bens jurídicos, mesmo que

---

<sup>71</sup> HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad. ...cit.*, p. 52.

<sup>72</sup> É de Radbruch a referência: “o desenvolvimento do Direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além já do próprio direito penal. Nesse dia a sua verdadeira reforma virá a consistir, Não tanto na criação de um Direito penal melhor do que o actual, mas na dum direito de melhoria e de conservação da sociedade: alguma coisa de melhor que o direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado, Editor, Trad. de L. Cabral de Moncada, 1979, p. 324.

coletivos, podem ser inseridos no campo de proteção penal, desde que essenciais ao desenvolvimento do ser humano na sociedade.

É justamente aqui que se insere a questão ambiental. A verdade é que o bem jurídico “meio ambiente” sempre esteve presente no cotidiano do ser humano, embora não houvesse, durante muito tempo, uma consciência mais presente a respeito de sua importância.

Hoje em dia é pouco crível que alguém, a sério, possa considerar que o meio ambiente não faz parte do grupo de bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do ser humano em sociedade.

Sendo assim, isso basta para admitir que a proteção penal deva espalhar-se para a seara ambiental. Mas há outro argumento de reforço: a tendência de que o Direito ambiental suplante a condição de referência normativa e passe a ser uma referência transcendental de corte principiológico.

Com efeito, após o desenvolvimento do Direito Ambiental como disciplina autônoma, cujo escopo é a tutela do bem jurídico meio ambiente em sentido amplo, principalmente após a elaboração da normativa ambiental internacional em Estocolmo 1972, houve o assim denominado fenômeno de “constitucionalização do direito ambiental” cujo reflexo se nota nas mais diversas constituições democráticas.

A Constituição Federal de 1988 é um reflexo da tendência acima descrita, na qual se inseriu, de forma inédita, o art. 225 que prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Não obstante, do § 3º do citado dispositivo legal, decorre a tríplice responsabilidade ambiental, independentes entre si, mas aplicadas de forma harmoniosa.

Muito embora o direito constitucional ao meio ambiente, essencial à sadia qualidade de vida, esteja formalmente previsto em um artigo específico inserido no Título VIII da Constituição Federal (Da ordem social), tal fato não impede que sua dimensão se alastre ao longo de todo este texto legal.

Daí decorre afirmar que o direito ambiental perpassa o texto constitucional, uma vez que toda e qualquer política pública (seja ela de conotação social, econômica, etc.) deve observar a sua vertente socio-ambiental. A esta interpretação transversal da carta política corresponde o princípio da consideração da variável ambiental nas decisões políticas e econômicas.

A interpretação constitucional, portanto, é aberta, sistemática, valorando-se os princípios fundamentais do Estado Constitucional de modo a não lesar ou a expor a risco a base material da vida humana: o meio ambiente.

Tal a relevância auferida a este bem, a ponto de ser incluído na tutela penal. De mais a mais, cabe observar que esta inserção no âmbito penal se dará de forma limitada, portanto condicionada aos princípios constitucionais penais. Resta à tutela administrativa e à responsabilidade civil a função primordial de proteção ambiental difusa, de forma preventiva e precaucional.

Claro está que, em sentido penal, o meio ambiente não se protege como um bem jurídico coletivo, distante do ser humano, mas sim como a expressão fundamental de um conjunto de requisitos essenciais à preservação da vida humana na terra. Isso, por um lado, nos dá a dimensão concreta de que um sensível recorte se impõe no modelo incriminador brasileiro de Direito penal ambiental, e por outro, de que a matéria não pode fugir aos mecanismos de controle mais importantes de que dispõe o Estado.

Assim, não se pode negar que a matéria ambiental ocupa espaço de vital importância. Portanto, a solução de Hassemer, de transferência da matéria para o campo do Direito administrativo sancionador, mantendo, por exemplo, a honra, como bem jurídico próprio do Direito penal fundamental, parece distorcido em termos da realidade do nosso tempo.

#### **4.2 O momento da intervenção estatal penal ambiental.**

Firmando entendimento de que o Direito penal deve ocupar-se de matéria ambiental, é necessário verificar em que etapa do controle social estatal o instrumental jurídico-penal pode ou deve ser empregado.

É sabido que a política ambiental evoluiu em três etapas, cada qual, embora sucedendo a anterior, não a descartou completamente, senão que se somou àquela. Assim, em um primeiro momento, a atitude estatal frente ao problema ambiental foi essencialmente sancionatória, sendo que esta postura se espalhava entre o direito civil, o administrativo e o penal.

A esta primeira etapa repressora, pode-se interligar ao momento de formação do direito ambiental, cuja primordial atenção destinava-se à punição daqueles que viessem a lesar o bem ambiental. Como afirmado, a função estatal repressora desdobra-se na responsabilidade civil

objetiva (cuja função é proeminentemente reparatória); administrativa (fundamentada no poder de polícia estatal) e penal.

Como segunda função estatal, destaca-se a gestão de riscos ambientais articulada pelos órgãos componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, orientados pelo princípio da precaução, visando a tomada de decisões políticas hábeis a propiciar desenvolvimento econômico sustentável.

Ainda, cabe ao Estado fomentar a ação ambiental, seja através de políticas ambientais em conjunto à sociedade civil, seja através do desenvolvimento de benefícios fiscais a atividades econômicas sustentáveis. Assim, ao Direito penal incumbe a tarefa tão somente repressora e simbólica, presente nesta a aplicação do princípio da responsabilidade ambiental do infrator, ou comumente conhecido como poluidor-pagador.

#### **4.3 Limites da intervenção penal ambiental**

Obviamente, no ponto de vista sancionatório, tem lugar o Direito penal, sempre em condição subsidiária aos outros ramos do Direito. Vale dizer, no campo sancionatório, o Direito penal aparece somente quando e onde o Direito civil e o Direito administrativo não podem promover uma reparação que corresponda, dentro de uma idéia de proporcionalidade, ao perigo enfrentado pela vida humana em geral.

Vale dizer, em sendo a conduta tal que provoque um dano ambiental de graves proporções, a ponto de corresponder a um perigo concreto importante à vida e ou à saúde humana em geral, cabe pressupor a legitimidade da intervenção penal.

Creemos que este deve ser o filtro hermenêutico da criminalização primária e secundária, em obediência ao princípio de intervenção mínima. Ou seja, para editar legislação penal de proteção ambiental, é necessário que o tipo incriminador descreva um perigo concreto ao futuro desenvolvimento da vida ou da saúde humana. No que diz respeito aos tipos incriminadores que já possuímos, a interpretação que a eles deve ser dada, no campo da criminalização secundária, ou seja, na atividade judicante, é que só cabe intervenção penal onde exista um concreto perigo ao desenvolvimento da vida ou da saúde humana.

Em contrapartida, as atividades estatais de gestão do ambiente e de fomento à proteção do ambiente não devem contar com a utilização de Direito penal. Ou seja, o Direito penal não é instrumental apropriado para a gestão nem para o fomento da cultura ambiental.

Isso tudo não significa dizer que não cabe intervenção penal no que diz respeito ao meio ambiente, mas sim, dizer que cabe intervenção penal restrita à etapa de repressão, condicionado, ainda assim, pelo recorte oferecido pelo princípio de intervenção mínima.

Com isto, se compatibiliza perfeitamente não só o Direito penal com o Direito ambiental, mas também as idéias de precaução e limitação, já que a precaução orienta toda a atividade ambiental, sob forma de evitar a ocorrência do dano ou perigo ambiental e ao tolerar os impactos gerados pela atividade econômica. Entretanto, na atividade repressora estatal, já não se busca mais evitar o dano ou perigo, pois este já ocorreu. A repressão é pois, coincidente com a estrutura jurídico penal justamente no aspecto de que esta aparece somente quando o fato já foi praticado, ou seja, *ex post*.

Portanto, a atividade jurídico-penal só pode estar presente no campo repressivo, ainda assim, submetido cabalmente ao princípio de intervenção mínima. Cabe, assim, tão somente à função administrativa do Estado Gestor a efetividade do princípio basilar do Direito Ambiental: a precaução. Mediante ações pró-ativas estatais (educação ambiental, fiscalização, planejamento da atividade econômica – estudo de impacto ambiental, licenciamento e zoneamento ambiental) estar-se-á possibilitando o alcance do Estado Constitucional Ambiental, vetor do desenvolvimento socioeconômico sustentável. Almejar tal função ao direito penal, se reflete, sem sombra de dúvida, a um iminente risco.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALENZA GARCÍA, José Francisco. “Las sanciones administrativas y penales en materia ambiental: funciones y problemas de articulación”. In BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (dir.), *Derecho penal de la empresa*. PAMPLONA: Universidad Publica de Navarra, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRAÑES, Raúl. *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2ª. Ed, Cidade do México: Fondo de Cultura Económica e Fundación para la educación ambiental, 2000.

BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito penal. Fundamentos para um sistema penal democrático*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOSA USERA, Raúl. *Constitución y medio ambiente*, Madrid: Editorial Dykinson, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Estado constitucional ecológico e democracia sustentada”. In FERREIRA, Heline Sivini e LEITE, José Rubens Morato. (orgs.) *Estado de Direito Ambiental: tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto e principio constitucionales*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2000.

FRAGA, Jesús Jordano. “El derecho ambiental del siglo XXI”. In *Revista de Direito Ambiental*, v. 36, ano 9, out.-dez. 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Sobre el principio de intervención mínima do Derecho penal como límite do *ius puniendi*”. In *Estudios penales y jurídicos, homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, p. 249-259 Coord. por Juan José González Rus. Córdoba: Ed. Secretariado de Publicaciones Universitarias de Córdoba, 1996.

GEVAERD FILHO, Jair Lima, *O estudo de impacto ambiental e o passivo ambiental da empresa*, Curitiba, 1995. 188p. Dissertação (Mestrado em Direito Privado)- Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

GRACIA MARTÍN, Luiz. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, Mexico: UNAM, 2001.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstrato”. In *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n. 19, 2001.

HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles, FRACO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JONAS, Hans, *El principio responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. BARCELONA: Editorial Herder, 1995.

KÄSSMAYER, Karin. “Aspectos jurídico-sociais da Engenharia Genética”. In *Estudos de Biodireito*. Curitiba: Gênese, 2004.

KISS, Alexandre. “Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução”. In VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LEITE, José Rubens Morato, *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- LOPERENA ROTA, Demetrio. *Los principios del derecho ambiental*. Madrid: Civitas, 1998.
- LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal, análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal, parte General, I*. Madrid: Editorial Universitas, 1996.
- MACHADO, Paulo Affonso Lema, *Direito ambiental brasileiro*, 10. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización-despenalización”, em *Revista Faculdade da Universidad de Granada*, 1983, Granada: Editorial Universidad de Granada, 1983.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975.
- PAPP, Leonardo. *Fundamentos da sanção ambiental administrativa: uma abordagem integrativa*, Florianópolis, 2005, 310p., Dissertação (Programa de Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado, Editor, Trad. de L. Cabral de Moncada, 1979, p. 324.
- REAL FERRER, Gabriel. “La construcción del Derecho Ambiental”, In *Revista Arazandí de Derecho Ambiental*, Pamplona, n. 1, 2002.
- RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. “O princípio da precaução e a sua aplicação na justiça brasileira: estudo de casos”. In VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. “Genética y Derecho Penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 4, nº 16, out-dez. 1996.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. “Princípio de precaución, bioseguridad y derecho europeu”. In *Genética y derecho II. Estudios de Derecho Judicial 40*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. “El principio constitucional de proporcionalidad en el derecho penal”, em *La Ley*, 1994-4. Madrid: La Ley, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Expansión del Derecho penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2006.

SILVA, Solange Teles da. “Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas”. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WOLFRUM, Rüdiger. “O princípio da precaução”. In VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flavia Barros. (org.) *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.