

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

**TUTELA PENAL DO AMBIENTE: A (i)legitimidade do processo penal
nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica**

Belo Horizonte
2014

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

**TUTELA PENAL DO AMBIENTE: A (i)legitimidade do processo penal
nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

Belo Horizonte
2014

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de.

O48t

Tutela penal do ambiente: a (i)legitimidade do processo penal nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica / Alexandre Luiz Alves de Oliveira– 2014. 137 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo G. Ribeiro

Dissertação (mestrado) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC.

Referências: f. 130 - 137.

1. Direito ambiental 2. Sociedade de Risco
3. Direito penal ambiental I. Título

CDU 349.6:343(043.3)

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

**TUTELA PENAL DO AMBIENTE: A (i)legitimidade do processo penal
nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: __/__/2014

Orientador: Prof. Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Professor Membro: Prof. Doutor Kiwonghi Bizawu

Professor Membro: Prof. Doutor Felipe Martins Pinto

Nota: _____

Belo Horizonte

2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, louvo a Deus como fonte e origem de tudo e de todos pela benção dessa oportunidade.

Sem palavras suficientes para agradecer à minha querida mãe, Leda Domingos Alves, pelo amor, carinho e zelo irrestritos. Alicerce sempre presente e exemplo para a fundamentação do meu carácter.

Ao meu pai falecido, Paulo Alves de Oliveira, mas que sempre está presente comigo e me protege em todas as situações.

Aos meus familiares, destacadamente, minha irmã e sobrinhas pelo afeto incondicional.

Aos irmãos feitos pela vida, nomeadamente, Bruno, Cássio e Felipe.

À Escola Superior Dom Helder Câmara pela possibilidade do meu aperfeiçoamento intelectual, principalmente, na figura do meu orientador, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro.

Quando o arbítrio e a ilegalidade se aventuram audaciosamente a levantar a cabeça, é sempre um sinal certo de que aqueles que tinham por missão defender a Lei não cumpriram seu dever.

Rudolf von Ihering

RESUMO

A dissertação tem como escopo preponderante a análise da tutela penal do meio ambiente, consubstanciada no direito pátrio pela Lei nº 9.605/98, denominada Lei dos Crimes Ambientais. Primeiramente, é feita a caracterização da sociedade pós-moderna e destacados são os problemas ambientais, como, por exemplo, a depleção da camada de ozônio e o efeito estufa. Observa-se, em um segundo momento, a criação de uma nova área do Direito, o Direito Ambiental, com o objetivo de preservar e conservar o meio ambiente. Com a necessidade de assegurar o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, diversas condutas são sancionadas penalmente e, inclusive, inaugura-se, com a Lei nº 9.605/98, a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. Procura-se, de tal modo, verificar algumas das peculiaridades dessa responsabilização penal, apontando as correntes favoráveis ou não. Levantadas são as justificativas pela impossibilidade da prática de crime pelos entes morais e sua consequente impossibilidade de participar de um Processo Penal dentro de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Sociedade de Risco. Direito Ambiental. Direito Penal Ambiental. Ilegitimidade da utilização do Processo Penal nos crimes cometidos por pessoa jurídica.

ABSTRACT

The main scope of this dissertation is an analysis of the penal protection of the environment, as vested in the Brazilian Law by Act Number 9.605/98, mostly known as “Environmental Crimes Act”. A depiction of postmodern society is presented as an introduction to the subject. A variety of environmental problems is exemplified, including the depletion of the ozone layer and the greenhouse effect, hence the development of a new area of Law - namely Environmental Law - the goal of which is to preserve and conserve the environment. In order to ensure the right of everyone to an ecologically balanced environment, a number of behaviors have been recently sanctioned criminally. Furthermore, Act Number 9.605/98 allows the possibility of criminally rendering corporations liable for environmental offenses. All in all, this work considers some of the peculiarities of such criminal accountability, pointing out both kinds of perspectives: the ones which are favorable to it and the ones which are not. Some justifications are also raised as to the alleged impossibility of moral agents to commit crimes and their consequent impossibility of participating in a criminal process within a Democratic State.

Keyword: Risk Society. Environmental Law. Environmental Criminal Law. Illegitimacy of the use of Criminal Process in the crimes committed by a legal entity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A SOCIEDADE DE RISCO.....	12
2.1 Considerações iniciais.....	12
2.2 A sociedade de risco.....	13
2.2.1 <i>A transição pós-industrial.....</i>	<i>13</i>
2.2.2 <i>A sociedade de risco e a insegurança.....</i>	<i>17</i>
3 A CONJUNTURA AMBIENTAL E O DIREITO DO AMBIENTE.....	25
3.1 A conjuntura ambiental – danos ao meio ambiente.....	25
3.2 Conceito de Meio Ambiente.....	30
3.3 Direitos Humanos e o Direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	33
3.4 A construção e a afirmação do Direito Ambiental.....	37
3.5 O direito ambiental e as outras disciplinas jurídicas.....	45
4 DIREITO PENAL AMBIENTAL.....	48
4.1 A tríplice responsabilidade pelos danos ambientais.....	48
4.2 O Direito Penal Ambiental.....	51
4.2.1 <i>A expansão do Direito Penal.....</i>	<i>54</i>
4.2.2 <i>A Lei n° 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).....</i>	<i>60</i>
4.2.2.1 <u>A lei penal ambiental e as normas penais em branco.....</u>	<u>62</u>
4.2.2.2 <u>A lei penal ambiental e crimes de perigo.....</u>	<u>65</u>
4.2.2.3 <u>A lei penal ambiental e a responsabilização penal da pessoa jurídica.....</u>	<u>69</u>
4.2.2.3.1 <i>Corrente contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica.....</i>	<i>71</i>
4.2.2.3.2 <i>Corrente a favor da responsabilização penal da pessoa jurídica.....</i>	<i>75</i>
5 A ILEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS COMETIDOS PELA PESSOA JURÍDICA.....	83
5.1 O Estado Democrático de Direito e o Direito Processual Penal.....	83
5.2 O Processo Penal e seus princípios reguladores.....	92
5.2.1 <i>Princípios constitucionais explícitos do processo penal.....</i>	<i>95</i>

5.2.2	<i>Princípios constitucionais implícitos do processo penal.....</i>	99
5.2.3	<i>Princípios do processo penal.....</i>	102
5.3	<i>A ilegitimidade da utilização do processo penal nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica.....</i>	104
5.3.1	<i>O processo penal instrumentaliza a possibilidade da pena de privação de liberdade, o que não é possível no caso da pessoa jurídica.....</i>	105
5.3.2	<i>A ilegitimidade do Processo Penal nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica, uma vez que ela não cumpre os outros fins da pena.....</i>	109
5.3.3	<i>As sanções penais e administrativas são idênticas, não havendo a necessidade do processo penal.....</i>	112
5.3.4	<i>A condenação, no Processo Penal, busca a comprovação de uma conduta típica, ilícita e culpável (impossibilidade da pessoa jurídica).....</i>	114
5.3.5	<i>O Direito Administrativo e o processo administrativo como meios idôneos para a proteção do meio ambiente frente aos danos cometidos pela pessoa jurídica.....</i>	119
5.3.6	<i>A Lei n° 9.605/98 não estabeleceu regra procedimental ou processual em relação à pessoa jurídica.....</i>	122
6	CONCLUSÃO.....	126
	REFERÊNCIAS.....	130

1 INTRODUÇÃO

O momento histórico atual é caracterizado por diversas e inconstantes transformações que escapam, inúmeras vezes, à devida análise e compreensão. Modificações tecnológicas, desenvolvimentos científicos, alterações na estrutura social e na cultura vêm e vão repentinamente. O ser humano está sempre desatualizado diante dessas novas e incessantes novidades.

Esse desenvolvimento científico-tecnológico vertiginoso traz como corolário um novo dilema para a humanidade: o risco. Não que em outros momentos da história humana não existisse o risco, contudo, na sociedade pós-moderna, o risco assume proporções gigantescas. As situações de perigo não respeitam previsões, classes sociais, fronteiras e delimitações temporais. Os riscos das atividades atuais provocam, de tal maneira, uma insegurança e uma intranquilidade percebidas por todos.

Desses vários riscos presentes na sociedade da modernidade tardia, destacam-se os riscos dos danos provocados ao meio ambiente. A manipulação genética, a depleção da camada de ozônio, o efeito estufa, o desmatamento desenfreado, etc., têm consequências incertas para o futuro da humanidade. O cidadão, aflito, clama pela defesa do meio ambiente.

Com o intuito de proteger o meio ambiente e, conseqüentemente, garantir a perpetuidade da vida na Terra, são editados diversos diplomas legais. Objetiva-se estabelecer regras que permitam a preservação e a conservação do meio ambiente, disciplinando sua utilização com a necessária prudência. Além do estabelecimento de normas que procuram conciliar o crescimento econômico e a redução da pobreza com a tutela do ambiente, são editadas, também, normas que trazem sanções pelo descumprimento de suas determinações. Dessas leis, destaca-se a Lei nº 9.605/98, que estabelece as punições penais e administrativas a que estão sujeitos os poluidores.

A Lei nº 9.605/98 estabelece os diversos crimes ambientais e suas respectivas penas. Elenca os crimes contra a flora, contra a fauna e de poluição, sendo, por isso, conhecida como o “Código Penal” do meio ambiente. A “Lei dos Crimes Ambientais”, no entanto, destaca-se, no ordenamento jurídico pátrio, por se distanciar de alguns institutos clássicos do Direito Penal tradicional. Utiliza-se, na determinação dos delitos ambientais, em diversos momentos, da técnica de crimes de perigo e de normas penais em branco. No entanto, sua grande inovação foi a introdução no Direito brasileiro da possibilidade da punição penal das pessoas jurídicas.

A partir da edição da Lei n° 9.605/98, não mais somente as pessoas físicas são as únicas responsabilizadas por uma prática delituosa. Com referida Lei, possibilitou-se que os entes morais também fossem responsabilizados penalmente por suas atividades poluidoras. Assim, a pessoa jurídica tem uma tríplice responsabilidade por danos provocados ao meio ambiente: civil, administrativa e penal.

Essa responsabilidade penal dos entes jurídicos provoca, apesar da aceitação da maioria dos tribunais brasileiros, dilemas e questionamentos sobre a aplicabilidade dessa determinação. Indaga-se se, realmente, as pessoas jurídicas podem cometer crimes e, conseqüentemente, sofrer sanções penais. Questiona-se, também, se é legítima a utilização do Processo Penal para a condenação da pessoa jurídica frente a suas peculiaridades.

O objetivo do trabalho, dessa forma, é observar a tutela penal recebida pelo meio ambiente e a aplicabilidade e a legitimidade do Direito Penal e, principalmente, do Direito Processual Penal frente aos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica. Sem o escopo de exaurir totalmente o tema, busca-se instigar o leitor sobre a problemática dessa responsabilização penal do ente moral. Para esse fim, divide-se o trabalho em quatro capítulos, a saber: a sociedade do risco, a conjuntura ambiental e o Direito do Ambiente, Direito Penal Ambiental e a ilegitimidade da utilização do Processo Penal nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica.

O segundo capítulo procura retratar a sociedade e os riscos atuais, denominada por alguns doutrinadores de sociedade de risco. Tem como orientação central o livro “Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade”, de Ulrich Beck (2011). São discutidos e caracterizados os problemas oriundos do progresso industrial e destacados os riscos provenientes desse processo. É feita uma análise sobre a transição para uma sociedade pós-industrial e sua vinculação com o desenvolvimento do capitalismo, baseada nas constatações de Boaventura de Sousa Santos (1999).

O capítulo terceiro realiza uma análise da conjuntura do meio ambiente e sua tutela pelo Direito. São relatados os principais problemas vivenciados na atualidade como a questão da água, dos resíduos, da depleção da camada de ozônio, do consumismo exacerbado, entre outros. É destacado o surgimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma das perspectivas dos direitos humanos e seu desenvolvimento nas legislações estrangeiras e pátria.

O capítulo quarto, por sua vez, versa sobre a tutela penal do meio ambiente. Verifica a tríplice responsabilidade pelos danos ao meio ambiente, dando ênfase à responsabilização penal. Observa as disposições da Lei n° 9.605/98, destacando suas peculiaridades e suas

inconformidades com o Direito Penal tradicional. Ganha evidência a discussão sobre a possibilidade ou não da responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes cometidos contra o meio ambiente.

O capítulo quinto, por fim, procura apresentar os principais aspectos e a natureza do Estado Democrático de Direito e a obrigatoriedade do respeito aos direitos e às garantias fundamentais. É feita a caracterização do Processo Penal brasileiro, com seus princípios basilares e norteadores. Ao final, ganham enfoque os diversos motivos que acarretam a ilegitimidade da utilização do Processo Penal como instrumento de responsabilização penal das pessoas coletivas.

A metodologia do trabalho teve como ênfase uma ampla e interdisciplinar investigação bibliográfica. Averiguações e pesquisas foram realizadas na sociologia e, principalmente, na doutrina de Direito Ambiental, Penal e Processual Penal. Destacam-se, como autores que influenciaram na construção desse trabalho, Ulrich Beck, Édis Milaré, Luiz Regis Prado, Guilherme de Souza Nucci, Eugenio Raúl Zaffaroni, entre outros. Merecem destaque especial as ponderações e reflexões de Luiz Regis Prado e Eugenio Raúl Zaffaroni sobre a impossibilidade de responsabilização penal dos entes coletivos no ordenamento jurídico brasileiro e a conseqüente impossibilidade de utilização do Processo Penal, isso sem prejuízo da análise jurisprudencial.

2 A SOCIEDADE DE RISCO

2.1 Considerações iniciais

A sociedade transforma-se constantemente. Desde que o homem ampliou sua “família” e agrupou-se em um contingente cada vez maior, encontra-se presente a modificação do seu modo de viver. Ora progredindo, ora regredindo, a vida social não é estanque.

As transformações sociais, as inovações tecnológicas e o desenvolvimento científico, que ocorriam em décadas ou séculos, ocorrem em anos (ou talvez menos). Em um curto período de tempo, o mundo modificou-se: o homem foi à lua, inventou o computador, promoveu a globalização e, espantosamente, descodificou seu próprio genoma. A rapidez das inovações culturais e tecnológicas é sem precedente. Guardando similitude com as modificações promovidas pela modernidade e pelo capitalismo no século XIX¹, vivenciam-se, agora, novidades que alteraram a sociedade.

Diante desses fatos, observa-se que a humanidade encontra-se em um período de transição. A cultura e as instituições associadas à modernidade não mais caracterizam plenamente o momento atual. A sociedade atravessa uma “crise de identidade”. “Hoje, no final do século XX, muita gente argumenta que estamos no limiar de uma nova era, a qual as ciências sociais devem responder e que está levando para além da própria modernidade”². (GIDDENS, 1991, p. 11).

Assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social. (BECK, 2011, p. 13).

Essa nova sociedade apresenta uma característica peculiar: o risco. O risco do desconhecido ou o risco conhecido, entretanto, aceito. O risco derivado das próprias forças produtivas. Vive-se nas incertezas da energia e das armas nucleares, da clonagem e da

¹ Boaventura de Sousa Santos observa que o ritmo das transformações eram tão intensos que abalaram e evaporaram as características do período anterior à modernidade: “O âmbito, o ritmo e a intensidade de tais transformações abalavam a tal ponto modos de vida ancestrais, lealdades até então inquestionadas, processos de regulação econômica, social e política julgados, mais que legítimos, insubstituíveis, práticas sociais tidas por naturais que a sociedade do século XIX parecia perder toda sua solidez [...]” (SANTOS, 1999, p. 23).

² Anthony Giddens menciona a diversidade de denominações para o período atual: sociedade de informação, sociedade de consumo, sociedade pós-industrial, pós-modernidade, modernidade tardia, etc. (GIDDENS, 1991, p. 11).

adulteração genética, da manipulação dos mercados, dos desastres ambientais. É a sociedade que convive com riscos (que, às vezes, nem percebe ou sabe mensurar) e que, na sua “angústia”, clama por segurança.

Essa proteção é requerida, além da exigência de um aperfeiçoamento das ciências e tecnologias³, ao Direito. A segurança transforma-se em uma exigência social imposta ao Estado e ao Direito que deverão apresentar uma reação. No caso presente, uma resposta às ameaças e aos danos ao meio ambiente.

2.2 A sociedade de risco

2.2.1 A transição pós-industrial⁴

A tentativa de se periodizar o processo histórico é sempre cercada de armadilhas e dificuldades. Sem desejar entrar na discussão se existe ou não uma narrativa evolucionária da história da humanidade, o que se pretende apresentar, acompanhando, principalmente, Boaventura de Sousa Santos, é o processo de transformação da modernidade.

Apesar da estrutura sociocultural da modernidade⁵ ter sido organizada entre o século XVI e o final do século XVIII, a “efetivação” histórica das suas proposições se verifica, mais claramente, a partir do século XIX. Esse período corresponde ao estabelecimento do sistema capitalista, como modo de produção predominante, dentro dos países europeus. Sistema capitalista não somente como um sistema de trocas monetárias, mas também e, principalmente, como um sistema onde as relações de produção entre capital e trabalho são instauradas. (SANTOS, 1999).

Desse instante em diante, o percurso da modernidade está intimamente vinculado o desenvolvimento do capitalismo nos países industriais (centrais). Deve-se, de antemão, observar, entretanto, que o desenvolvimento do capitalismo e da industrialização não se deu de forma homogênea entre os diferentes países. Não há como negar que as características

³ O fato de essa proteção ser requerida ao Direito não deixa de guardar certa ironia, uma vez que estes riscos advêm do próprio processo de desenvolvimento científico-tecnológico. “As estruturas sobre as quais se sustenta o modo de produção atual, como a família, as relações tradicionais de trabalho, a produção científica, as relações políticas de representação, são desestruturadas pela intensificação do próprio modelo que as criou. Este paradoxo do risco é o elemento do desmoronamento das bases de organização da sociedade.” (BOTTINI, 2010, p. 50).

⁴ Pós-modernidade definida por Boaventura de Souza Santos como um período de transição. “Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, que à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.” (SANTOS, 1999, p. 77).

⁵ De acordo com Boaventura de Sousa Santos, o projeto da modernidade inicia-se antes do desenvolvimento do capitalismo industrial.

específicas de cada país interferiram na construção e desenvolvimento de seu processo industrial e social.

No desejo de estabelecer os ciclos da modernidade/capitalismo, Boaventura de Sousa Santos propõe uma periodização⁶ que bem retrata a trajetória da construção do projeto da modernidade. De acordo com o pensador português, o desenvolvimento do capitalismo poderia ser dividido em três grandes fases: o capitalismo liberal, o capitalismo organizado e o capitalismo desorganizado. Em termos cronológicos, o primeiro período seria constituído pela quase totalidade do século XIX, o segundo período teria início no final do século XIX e permaneceria até o final da década de sessenta e, por fim, o terceiro período surge na década de setenta e permanece até os dias atuais.

O primeiro período do capitalismo, o capitalismo liberal, é marcado pela eclosão das contradições. “Explodem com grande violência as contradições do projeto da modernidade⁷: entre a solidariedade e a identidade, entre a justiça e a autonomia, entre a igualdade e a liberdade” (SANTOS, 1999, p. 80). Pode ser caracterizado pela evolução do mercado (acelerada industrialização), pela predominância de uma política liberal (*laissez faire*) e por uma sociedade civil, formalmente, livre e igual (marcada pela competição de interesses e objetivos individuais).

Merece ser destacado que, esta primeira fase do capitalismo foi um rompimento com o regime absolutista (*Ancien Régime*). Era a ruptura com o regime centralizado e absolutista, onde todos os poderes se encontravam concentrados nas mãos do rei. Colocava-se fim à sociedade estamental (nobreza, clero e povo), deslocava-se o eixo central da economia para a indústria e o comércio (superando a economia agrária), proclamava-se a existência de direitos mínimos pertencentes a todos os seres humanos, independentemente de quaisquer qualificações (Declaração de Direitos do Homem e do cidadão de 1789).

No segundo período do capitalismo, o capitalismo organizado, Boaventura de Sousa Santos (1999) percebe a continuidade de uma expansão vertiginosa do mercado e da indústria, entretanto, com novas particularidades: concentração e centralização do capital (proliferação dos cartéis), progressão dos vínculos entre os bancos e as indústrias, crescimento das disputas pelos mercados e recursos naturais a economia provoca o aumento das unidades de produção e as tecnologias utilizadas pelas empresas, continuamente, se expandem. Verifica-se, também,

⁶ Boaventura de Souza Santos reconhece a dificuldade de periodizar e estabelecer datas. Serve mais como um indicativo.

⁷ Os ideais da Revolução Francesa de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade) demonstram as contradições do projeto quando se verifica que uma liberdade ilimitada e uma igualdade material não se compatibilizam.

o crescimento do proletariado e a rematerialização⁸ da comunidade. O Estado passa a ser um agente ativo (regulamentação) nas modificações transcorridas no mercado e na comunidade:

A sua articulação cada vez mais compacta com o mercado evidencia-se na progressiva regulamentação dos mercados, nas ligações dos aparelhos do Estado aos grandes monopólios, na condução das guerras e outras formas de luta política pelo controle imperialista dos mercados, na crescente intervenção do Estado na regulamentação e institucionalização dos conflitos entre o capital e o trabalho. Por outro lado, o adensamento da articulação do Estado com a comunidade está patente na legislação social, aumento da participação do Estado na gestão do espaço e nas formas de consumo coletivo, na saúde e na educação, nos transportes e na habitação, enfim na criação do Estado Providência. (SANTOS, 1999, p. 84-85).

Essas alterações do segundo período tinham como finalidade uma redefinição do projeto da modernidade, procurando harmonizar liberdade e autonomia com solidariedade e igualdade. É a tentativa de compatibilização dos direitos individuais com os sociais. Impõe-se ao Estado prestações negativas e positivas. O Estado deve respeitar a propriedade e as liberdades (locomoção, iniciativa, consciência, credo, reunião), mas também proporcionar educação, saúde, moradia, alimentação, vestuário para os que não dispusessem de meios. Consubstanciam os direitos humanos de primeira (liberdades e participação política) e segunda geração ou dimensão (direitos sociais).

De acordo com Boaventura de Souza Santos (1999), o terceiro período é de difícil definição, pois corresponde à atualidade. Foi denominado de capitalismo desorganizado⁹, devido à falência de diversas formas de organização da fase anterior. Em um curto período de tempo, ocorreram transformações profundas.

A importância do mercado atingiu proporções sem antecedentes. Não é mais limitada ao aspecto econômico da sociedade. As empresas internacionalizam-se em grande escala (multinacionais) e atingiram “poderes” descomunais. O PIB (produto interno bruto) de algumas empresas supera o PIB de diversos países. Os exemplos não são raros. Os ativos do Banco do Brasil superam o PIB da Argentina. Os ativos da Gerdau são maiores que o PIB do Paraguai. Se dependesse, apenas, de seus ativos, a Petrobrás poderia “comprar” o Chile¹⁰.

⁸ Entendido como um fortalecimento das práticas de classe e, conseqüentemente, na busca de seus interesses comuns (principalmente via sindicatos e associações).

⁹ Diferentes tratamentos e nomes são dados ao momento atual. Sociedade pós-industrial, sociedade de risco, pós-modernidade, terceira período da modernidade, etc. Neste texto, no entanto, são usados como sinônimos. Não é objetivo desta dissertação uma análise desses termos e das doutrinas a eles vinculadas. Procura-se, apenas, contextualizar o leitor sobre as características principais do presente para discutir mais a frente à resposta do direito penal/ambiental aos danos ambientais. Apenas será apresentada uma breve caracterização da sociedade de risco (Ulrich Beck) devido à sua importância para a percepção do momento de insegurança da contemporaneidade.

¹⁰ Fonte: REVISTA EXAME, 2012.

Com empresas desse porte, torna-se árdua, ou até mesmo impraticável, a regulação estatal da economia.

[...] Desenvolvem-se relações, processos e estruturas de dominação política e apropriação econômica em âmbito global, atravessando territórios e fronteiras, nações e nacionalidades. Tanto é assim que as organizações multilaterais passam a exercer as funções de estruturas mundiais de poder, ao lado das estruturas mundiais de poder constituídas pelas corporações transnacionais. É claro que não se apagam o princípio da soberania nem o Estado-nação, mas são radicalmente abalados em suas prerrogativas, tanto que se limitam drasticamente, ou simplesmente anulam, as possibilidades de projetos de capitalismo nacional e socialismo nacional. (IANNI, 2002, p. 40-41).

Conjuntamente com a globalização do capitalismo, constata-se a globalização¹¹ da sociedade. O tempo e o espaço apresentam outros significados. Os meios de comunicação, advindos do desenvolvimento da eletrônica e da informática, ultrapassam quaisquer fronteiras. A comunicação torna-se instantânea. A carta que demorava dias ou semanas para chegar ao destinatário é substituída pelo e-mail. A informação que só chegava pelo jornal do dia seguinte é transmitida ao vivo. A viagem que era feita em dias passa a ser em horas. Vive-se o agora intensamente. O perto e o longe se confundem. “Os desenvolvimentos desta rede ou teia à escala mundial não poderiam ser pensados sem a fácil e rápida ligação que hoje é muito fácil estabelecer entre pessoas e organizações de todo o mundo, em tempo reduzido ou mesmo real”. (FERNANDES, 2001, p. 38).

Desse mundo globalizado abrem-se outras perspectivas, por exemplo, a pesquisa do genoma, e surgem novas instituições (ou ganham novos significados). O pai não é mais o chefe da família, o casamento não é somente entre pessoas de sexos opostos, o trabalho não necessita, obrigatoriamente, ser exercido dentro da empresa. A estrutura da sociedade sofre um abalo que ainda não terminou.

Diante de mudanças tão bruscas, observa-se um novo problema. Novo não no sentido de ser inédito, mas por apresentar características peculiares. É o risco. Risco que é provocado pelo próprio desenvolvimento técnico-científico. Incertezas decorrentes das consequências das atividades produtivas.

De fato, o extraordinário desenvolvimento da técnica ao longo dos anos da chamada era industrial, não obstante ter sido responsável por um incremento inegável das condições de vida e pela satisfação de inúmeras necessidades da sociedade em que

¹¹ A globalização pode, assim, ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes que, de tal maneira, acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distancia e vice-versa. (GIDDENS, 1991, p. 69).

se assentou – se bem que responsável também por uma aceleração nem sempre positiva, das condições de vida, ao ponto de “a rapidez inusitada com que se sucedem os acontecimentos” fazer com que o Homem “viva em um só ano, o que o homem do século XIX teria que viver em cem” – foi ainda responsável, qual reverso da medalha, pela gênese e multiplicação de novos riscos. (FERNANDES, 2001, p. 31, grifo nosso).

2.2.2 A sociedade de risco¹² e a insegurança

Os riscos não são uma criação da modernidade tardia. Os riscos encontram-se presentes em todas as ações humanas, das mais simples às mais complexas. Onde há ação existe a possibilidade da ocorrência do imprevisto ou do não reconhecidamente dado como provável. Verifica-se, no entanto, novas características dos riscos atuais que os diferem dos experimentados no passado.

Também as florestas são desmatadas há muitos séculos – inicialmente através de sua conversão em pastos e em seguida através da exploração inconsequente da madeira. Mas o desmatamento contemporâneo acontece globalmente – e na verdade como consequência implícita da industrialização – com consequências sociais e políticas inteiramente diversas. São afetados, por exemplo, também e especialmente países com ampla cobertura florestal (como a Noruega e a Suécia), que sequer dispõem de muitas indústrias poluentes, mas que têm que pagar pelas emissões de poluentes de outros países altamente industrializados com a extinção de florestas, plantas e animais. (BECK, 2011, p. 26).

Antigamente os riscos eram pessoais ou atingiam um pequeno e determinado número de pessoas. A situação de perigo envolvia um risco quase particular¹³ e o dano era, geralmente, facilmente mensurável. “Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos” (BECK, 2011, p. 25). Hoje, diante da evolução tecnológico-científica, configuram-se novos perigos. Os danos podem ser incertos, irreversíveis, invisíveis e infronteiriços. As situações de ameaça não respeitam prognósticos, classes sociais, delimitação territorial ou temporal. Os riscos provenientes do processo de modernização¹⁴ são oriundos do próprio processo de transformação da industrialização e da sociedade.

¹² Quando se trata da sociedade de risco, tem-se como referência a obra “Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade”, de Ulrich Beck.

¹³ Bottini corrobora tal observação relatando: “A nova dimensão do risco passou a ser objeto de atenção e preocupação a partir da década de 80 do século passado, quando da ocorrência de tragédias em grande escala, decorrentes do manejo inadequado de novas tecnologias como, por exemplo, a morte ou contaminação de milhares de pessoas em Bhopal (Índia, 1984), por produtos químicos emitidos por problemas ocorridos na fábrica da Union Carbide, ou devido à explosão da usina nuclear em Chernobyl (Ucrânia, 1986).” (BOTTINI, 2010, p. 38).

¹⁴ Modernização é entendida, nos termos de Ulrich Beck (2011), como o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando, além disto, muito mais: a mudança dos caracteres

O cidadão de hoje – dir-se-á – não está rodeado de mais perigos do que, v.g., na Idade Média. Mas grita por segurança. E pura e simplesmente deixou de crer. Em quê? Porventura em tudo o que necessitava para se sentir seguro. É o estigma do voo e da queda. Quanto mais alto aquele, maior esta. E é nesta insegurança que o homem hodierno vive. Sente-se desprotegido. Acreditou e foi traído. Mas acreditou em quê? E foi traído por quem e pelo quê? Pensamos que pela crença, nele induzida, na infalibilidade dessa mesma tecno-ciência, em que tanto confiou e que tem falhado, se não nos seus objetivos imediatos, pelo menos nas consequências dos mesmos e no cálculo demasiado otimista dos riscos [...]. (FERNANDES, 2001, p. 44).

Os problemas oriundos dos primórdios do progresso industrial versavam, principalmente, sobre a questão da distribuição e a concentração da riqueza. O impasse seria como justificar a repartição desigual da renda. Como legitimar a produção socialmente gerada, entretanto, desproporcionalmente distribuída. Os riscos da industrialização vinculavam-se com a escassez, com a pobreza. Por sua vez, na modernidade tardia, vivencia-se o paradigma da sociedade de risco. Aos problemas sobre uma equidade social, justapõem-se conflitos provenientes dos riscos gerados pelo alto grau do desenvolvimento técnico-científico. O processo de industrialização converte-se em problematização das suas consequências. A indagação é como evitar os riscos gerados pelo processo da modernização tardia sem comprometer o próprio processo de modernização, ou seja, conciliando-os com o que é admitido.

Não se trata, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e, sobretudo, de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico. O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego das tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões de “manejo” político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vistas horizontes de relevância a serem especificamente definidos. (BECK, 2011, p. 24).

Verificam-se, assim, na modernidade tardia, que conjuntamente com a geração das riquezas são criados riscos derivados do próprio processo de desenvolvimento industrial. São riscos que diferem dos riscos do passado. No início da industrialização, os riscos eram atribuídos a uma subprovisão técnico-científica, ou seja, pela falta de instrumentos e conhecimento, todavia, na grande maioria das vezes, havia uma previsibilidade de suas consequências. Na modernidade tardia, os riscos podem até ser derivados de uma

sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas.

incapacidade técnico-científica, mas são oriundos, principalmente, de uma superprodução industrial. “São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior” (BECK, 2011, p. 26). E, ademais, têm como característica a imprevisibilidade de suas consequências.

Na sociedade industrial, pode-se dizer que há certa previsibilidade das consequências dos processos produtivos capitalistas no sistema econômico. Contudo, na sociedade de risco, porém, potencializada pelo desenvolvimento tecnocientífico, há um incremento na incerteza quando às consequências das atividades e tecnologias empregadas nos processos econômicos. (ROCHA, 2009, p. 527).

A averiguação dos riscos, por sua vez, parte de uma combinação entre as ciências naturais e humanas. Como destaca Ulrich Beck (2011), uma simbiose entre um conhecimento especializado e interesses subjacentes¹⁵. Exige uma cooperação entre as disciplinas e entre os vários atores da sociedade (empresas, organizações não governamentais, Estado, etc.). Sem essa percepção, depara-se com definições polarizadas em extremos “inférteis”. Nas definições de risco impõe-se uma ruptura do monopólio de racionalidade das ciências naturais. É imperativo, assim, constatar o ponto de vista axiológico existente na definição dos riscos. Percebe-se a presença de intenções e interesses divergentes entre os atores da modernização e os atingidos, que acabam sendo incorporados na delimitação dos riscos, no sentido de causa e efeito, prejudicados e autores.

Quando alguns cientistas proclamam a isenção de seus estudos e o caráter meramente científico de suas pesquisas para a delimitação dos riscos, acabam por desprezar os aspectos axiológicos neles presentes. Nas situações de risco não são, apenas, avaliadas as probabilidades matemáticas de ocorrência do dano. São considerados, também, outros aspectos como, por exemplo, econômicos, éticos e políticos. Assim, na avaliação sobre a degradação da natureza, busca-se não somente evitar os danos à saúde daquela população, mas, também, garantir às gerações vindouras os mesmos benefícios do presente. Na investigação dos riscos ambientais, são consideradas as possibilidades matemáticas, físicas, químicas e biológicas, entretanto sem aviltar de uma análise das consequências sociais.

¹⁵ No direito pátrio destaca-se o princípio da participação democrática consubstanciado no princípio dez da Declaração do Rio de 1992. “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.” (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Como é sabido, o conceito de risco permitido expressa uma ponderação dos custos e benefícios da realização de uma determinada conduta. Mas também é evidente que tal cálculo depende de uma valoração prévia, na que necessariamente se haverá de incluir como premissa maior a autocompreensão da sociedade e a ordem relativa de valores (ou preferências) na qual aquela se plasme. (SÁNCHEZ, 2002, p. 43).

Dessa forma, a percepção de risco fundamenta-se na conveniência social e nas probabilidades matemáticas, ainda que revestida de uma certeza técnico-científica. Os riscos civilizacionais são resultados de avaliações de várias percepções. Influenciam a sua constatação tanto elementos das ciências naturais (química, física, biologia) quanto questões econômicas, éticas e políticas. Uma discussão de riscos, sem essas perspectivas, é uma discussão dos riscos da natureza sem indagar sobre sua significação cultural e social. Essa racionalidade puramente vinculada às ciências naturais não questiona os efeitos sociais, culturais e políticos dos riscos da modernização. Sinteticamente, pode-se esclarecer a questão parafraseando uma proposição singular: racionalidade científica sem racionalidade social fica vazia, racionalidade social sem racionalidade científica, cega. Ulrich Beck (2011) ilustra a questão:

Essa heteronomia oculta na pesquisa sobre o risco acaba por revelar-se como um problema justamente por conta da contínua pretensão dos cientistas ao monopólio da racionalidade. Os estudos de segurança de reatores limitam-se à estimativa de determinados riscos quantificáveis em razão de acidentes prováveis. A dimensionalidade do risco é, portanto, de saída reduzida à manuseabilidade técnica. Para amplos setores da população e para os opositores da energia nuclear é, ao contrário, precisamente o potencial catastrófico da energia nuclear que está no centro da questão. Mesmo uma probabilidade de acidentes tão reduzida é alta demais quando um acidente significa extermínio. (BECK, 2011, p. 35).

Uma vez “definido” o risco, observa-se que ele não se limita somente aos acontecimentos e prejuízos ocorridos. O risco tem uma projeção do futuro. Riscos consistem, basicamente, em uma prevenção de danos que são iminentes (“próximos”, tanto em relação ao tempo quanto em relação ao espaço) e numa perda de convicção ou mesmo numa ampliação do risco. O risco implica algo “irreal”, em um possível dano que ainda não aconteceu.

De modo que o tópico central do discurso do risco é a existência de algo que não existe ainda, algo que não aconteceu, mas pode vir a acontecer se continuarmos a seguir pelo mesmo trilho. Quanto mais ameaçadoras as sombras que se abatem sobre o presente acerca de algo terrível que pode acontecer no futuro, maior é o choque que pode ser provocado pela dramatização hodierna do risco. Os efeitos destes riscos arrastam-se por períodos de tempo por vezes muito longos, chegando mesmo a repercutir-se transgeracionalmente. (FERNANDES, 2001, p. 60).

Verifica-se, assim, por uma perspectiva, a devastação real com o desmatamento das florestas, o despejo de materiais tóxicos, a extinção de animais e, por outra, a força ameaçadora e “irreal” do risco na projeção de uma intimidação no futuro. Como observa Beck (2011), na sociedade do risco, o passado não tem mais o caráter determinante sobre o presente. O que irá prevalecer e determinar as condutas presentes são as projeções do futuro. “Um elemento novo, muitas vezes imperceptível e implacável, criado pelo avanço científico sem limites, parece se impor como norteador das condutas sociais: o risco” (ALEXANDRE, 2000, p. 162). O futuro fictício sentencia o presente.

Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois do amanhã, para tomar precauções em relação a eles – ou então justamente não. Em cálculos modelares, afunilamentos “prognosticados” do mercado de trabalho produzem imediatamente um efeito sobre o comportamento educacional: o desemprego antecipado, iminente é um determinante crucial das condições e posturas de vida atuais; destruição prognosticada do meio ambiente e a ameaça nuclear colocam a sociedade sobre aviso e conseguem levar amplos setores da geração jovem às ruas. (BECK, 2011, p. 40).

Para a configuração dos riscos é também necessária a sua percepção e valoração social. Não se pode esquivar daquilo que não foi prognosticado. Assim, pode ocorrer a legitimação de riscos pelo fato de eles não terem sido previstos e, sendo assim, são indesejados. O risco seria dessa forma um efeito colateral latente.

As atividades produtivas podem encobrir riscos; contudo, em caso de concretização, são tidos como não almejados, vigendo o chamado “*in dubio pro progresso*”.¹⁶ “O raciocínio esquemático do efeito colateral latente equivale, assim, a uma espécie de licença, a um destino natural civilizatório, que simultaneamente reconhece, distribui seletivamente e justifica efeitos a serem evitados.” (BECK, 2011, p. 41).

Sobre a distribuição dos riscos na sociedade, observa-se que o tipo, os meios e os padrões diferem de como era distribuída a riqueza na sociedade industrial. Contudo, isso não quer dizer que as classes menos favorecidas estejam no mesmo patamar das classes dominantes. Os riscos atingem a todos de forma indiscriminada, entretanto, não na mesma proporção. Os riscos aparentam mais confirmar a sociedade de classes do que suprimi-la. Aqueles que detêm mais renda, poder e educação sofrem menores impactos dos riscos da

¹⁶ No Direito Ambiental brasileiro utiliza-se o princípio da precaução invertendo-se essa lógica. Princípio quinze da Declaração do Rio de 1992: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

modernidade tardia. O que se verifica, na verdade, é que, em certa medida, a sociedade de riscos, guardando uma similitude com a sociedade industrial, distribui os riscos desigualmente. Enquanto a classe dominante usufrui de uma maior quantidade de bens e serviços e sofre menos os impactos dos riscos, os pobres convivem com o problema da escassez e estão sujeitos a serem mais afetados pelos riscos. Os melhores bairros situam-se longe dos centros industriais, uma melhor educação possibilita maiores oportunidades de emprego, quem tem mais renda pode optar por uma alimentação mais “saudável”, etc. Diante das situações de ameaça, a capacidade de contorná-las ou neutralizá-las vincula-se, em certa medida, à situação de classe social. “Dessa forma, a preocupação com as desigualdades sociais complexifica-se: mais do que redistribuição das riquezas materiais, outra preocupação surge no debate sociológico, qual seja saber como prevenir, minimizar, dramatizar e canalizar a distribuição do risco”. (ALEXANDRE, 2000, p. 162).

O fato de os riscos serem distribuídos desigualmente, entretanto, não invalida a afirmação que os riscos da modernidade tardia atingem a todos. Os riscos da modernidade tardia possuem uma tendência para a universalização. “A miséria é hierárquica, o *smog* é democrático” (BECK, 2011, p. 43). “O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo” (GUIVANT, 2001, p. 96). As ameaças à natureza, os efeitos da radioatividade, a manipulação genética não respeitam as fronteiras das classes sociais. De tal maneira, a sociedade de risco não pode ser percebida como um conflito, um choque entre classes sociais. Na sociedade industrial, a abundância de alguns implicava escassez de outros. A sociedade de risco não polariza a situação entre os afetados e os não afetados. “Sofrer o impacto e não sofrer o impacto não se polarizam como ter propriedade e não ter” (BECK, 2011, p. 47). Com a potencialização dos riscos ocorre uma tendência à sua generalização social. Mesmo as classes mais abastadas não estão imunes aos problemas da escassez de água, da perda da qualidade do ar, da desertificação, do efeito estufa, da depleção da camada de ozônio.

É o efeito bumerangue. Os riscos atingem inclusive os seus produtores e os que “lucraram¹⁷” com eles. Os atores da modernização também se transformam em vítimas dos riscos e danos que eles mesmos provocaram. Em algum momento, alcança-se a unidade entre

¹⁷Exemplo emblemático ocorreu no Golfo do México e noticiado pela revista Veja: “No dia 20 de abril de 2010, uma explosão na plataforma da British Petroleum Deepwater Horizon, no Golfo do México, matou 11 pessoas e rompeu tubulações no fundo do oceano. Desde então, uma quantidade estimada entre 3 e 4 milhões de barris de petróleo vazou, fazendo deste o maior acidente ambiental da história dos Estados Unidos. Em 15 de julho de 2010, a petroleira anunciou que o vazamento, enfim, foi estancado.” (REVISTA VEJA, 2013)

autor e afetado. “A sociedade de risco criou (o termo é propositadamente aqui incluído) uma estranha igualdade, ou *rectius*, uma unidade nunca propiciada, - até primordialmente – ao nível da própria diluição das categorias de autor e vítima, o que ora se confundem” (FERNANDES, 2001, p. 68).

A atividade nuclear ou a utilização da engenharia genética para a produção de alimentos e outras novidades implicam potenciais de perigo suportado por todos os setores sociais, mesmo por aqueles beneficiados pelo risco. A falta de limites confere este caráter reflexivo aos riscos, ou seja, a estrutura econômica que produz os riscos, e depende destes riscos para a sua sobrevivência suporta, ao mesmo tempo, seus efeitos adversos. (BOTTINI, 2010, p. 42).

Dessa maneira, os riscos não respeitam classes, nem fronteiras. A elevação dos riscos provoca a globalização das ameaças. Com o efeito bumerangue, atingem-se, até mesmo, as grandes potências que haviam descartado os riscos por meio da transferência para os países do Terceiro Mundo.

Com as frutas, grãos de cacau, rações animais, folhas de chá etc., os pesticidas voltam à sua altamente industrializada terra de origem. As extremas desigualdades internacionais e as interdependências do mercado global lançam os bairros pobres dos países periféricos às portas dos ricos centros industriais. Eles convertem-se em incubadoras de uma contaminação de alcance mundial, que – semelhante às doenças contagiosas dos pobres na densidade das cidades medievais – tampouco preservam os distritos ricos da aldeia global. (BECK, 2011, p. 53).

As fronteiras nacionais deixam de existir. Mesmo com a “terceirização” das indústrias químicas e refinarias para o Terceiro Mundo, as ameaças continuam globais. Os poluentes são transfronteiriços. A emissão de dióxido de carbono e metano da China prejudica a qualidade do ar do Japão. A dispersão do material radioativo da usina de Chernobyl não se limitou a Ucrânia. O efeito estufa prejudica tanto o ciclo das chuvas no Brasil como provoca o derretimento das calotas polares. A sociedade global é caracterizada pela comunhão dos riscos.

À diferença da pobreza, contudo, a pauperização do risco no Terceiro Mundo é contagiosa para os ricos. A potenciação dos riscos faz com que a sociedade global se reduza à comunidade de perigos. O efeito bumerangue também acaba por afetar os países ricos, que justamente se haviam livrado dos riscos através da transferência, mas que acabam reimportando-nos junto com os alimentos baratos. (BECK, 2011, p. 53).

Dessa forma, diante das ameaças globais, surge uma solidariedade, fruto de uma comunhão objetiva dos perigos. Uma solidariedade, entretanto, diferente do parâmetro das

sociedades industriais. Enquanto nestas sociedades o ideal era a busca da igualdade (em suas diversas vertentes, da igualdade formal até os mais diversificados modelos socialistas), na sociedade de risco almeja-se a segurança. Na igualdade da sociedade industrial procura-se, geralmente, a satisfação das necessidades, das carências. Na segurança da sociedade de risco pleiteia-se evitar os danos, os desastres. As “vítimas” da sociedade industrial são os pobres; as “vítimas” da sociedade do risco são os angustiados.

Desde a última perspectiva, nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. (SANCHEZ, 2002, P.33)

Da civilização moderna, que apresentava como aspiração utópica a libertação do homem das carências naturais, surge uma nova utopia: a segurança. “O mundo que vivemos hoje é um mundo carregado e perigoso. Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura.” (GIDDENS, 1991, p. 19). Essa insegurança irá reclamar uma atitude da sociedade e do Estado. O Direito terá que lidar com essa nova aspiração da sociedade. No caso específico dessa dissertação, um desejo de segurança contra os riscos de sérios danos ambientais.

3 A CONJUNTURA AMBIENTAL E O DIREITO DO AMBIENTE

3.1 A conjuntura ambiental – danos ao meio ambiente

Constatação de fácil observação é que o homem vem realizando modificações substanciais ao meio ambiente que, no momento atual, são de imprecisas previsões. Como relatado no capítulo anterior, as relações do homem com o meio, principalmente após a Revolução Industrial, modificaram-se enormemente. O ser humano, de dominado, passou para “dominante” e, nessa nova relação, passou a explorar os recursos naturais de forma irresponsável. O século passado foi pródigo em problemas ambientais oriundos dessa nova perspectiva e este, que se descortina, terá como imperativo, para a existência da vida, que ser diferente. Verificam-se diversos danos ambientais que exigem a atenção e o cuidado de toda a coletividade, a fim de que seja preservado o futuro.

A primeira questão a ser levantada refere-se ao enorme aumento populacional ocorrido após a Revolução Industrial. Ávila Coimbra (2002), ao comentar as transformações sociais ocorridas na Inglaterra do final do século XVIII, exterioriza a situação populacional daquele período, que serve de paradigma para todas as demais sociedades:

Sabemos que entre as engrenagens da Revolução Industrial figuram a mecanização dos sistemas produtivos, o aumento da produção e a concentração populacional. Basta citar dois exemplos da Inglaterra para nos darmos conta, por alto, das convulsões geradas naqueles tempos. Londres, em finais do século XVIII, tinha mais de um milhão de habitantes; meio século depois já contava com dois milhões e meio; superando, então, qualquer cidade do mundo antigo e moderno. Manchester, em 1760, tinha doze mil habitantes; com sua industrialização rápida, a metrópole da indústria têxtil já abrigava quatrocentas mil pessoas, sessenta anos mais tarde. (COIMBRA, 2002, p. 394).

Nos dias atuais, a situação não é nem um pouco diferente. O número de habitantes da Terra duplicou em somente quarenta anos. Hoje, calcula-se que a população do planeta ultrapasse o número de sete bilhões¹⁸ de pessoas. No Brasil, o censo de 2010¹⁹ apontava para a existência de mais de cento e noventa milhões de brasileiros. Esse gigantesco contingente populacional traz uma enorme pressão sobre todos os recursos naturais. Chris Wold (2003) resume bem a questão da seguinte forma:

¹⁸ A população do planeta Terra atingiu 7,2 bilhões de pessoas, informa a Organização das Nações Unidas (ONU) no estudo "Perspectivas de População Mundial", divulgado em 13.06.2013. E, de acordo com as projeções de crescimento demográfico apresentadas pela entidade, a população mundial deve chegar a 8,1 bilhões de pessoas em 2025 e 9,6 bilhões em 2050. (Jornal Estadão, 2013).

¹⁹Fonte: IBGE (Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia), 2010.

Existem hoje cerca de seis bilhões de pessoas no planeta, exercendo considerável pressão sobre os recursos ambientais. Com efeito, o consumo de combustíveis fósseis aumentou quatro vezes no mesmo período, assim como a produção de bens manufaturados. Por outro lado, em razão do processo de desertificação, aproximadamente sete milhões de hectares de terrenos agriculturáveis são perdidos a cada ano, o que significa uma diminuição considerável na capacidade de se produzir alimentos. Da mesma forma, a atividade pesqueira vem dando sinais de exaustão, com 70% das diferentes espécies fornecedoras de pescado em declínio ou sendo pescadas no limite da capacidade de produção. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 5).

Obrigatória é uma elevação da produção agropecuária para fazer frente a essa demanda e, conseqüentemente, um crescimento no número de desmatamentos²⁰. A necessidade de alimentos é cada vez maior, seja para o próprio uso humano ou para a criação de animais. A produção alimentícia, ainda que com o incremento de várias tecnologias, vem demonstrando saturamento.

O aumento populacional traz consigo uma grande adversidade. Crescendo o número de pessoas, necessariamente exige-se mais água. Água para o consumo humano, para o consumo dos animais, para a produção industrial e para a agricultura. Apesar de o planeta Terra ser constituído de três quartos de água, apenas 3% são de água doce e, o que é mais grave, 80% desse total encontram-se congelados nos polos²¹. Romeu Thomé (2012) faz uma analogia interessante em relação à questão da água: “Se pegarmos uma garrafa de 1,5 litro de água para dividi-la na proporção encontrada no planeta, a quantidade de água doce disponível seria equivalente a uma única e insignificante gota.” (THOMÉ, 2012, p. 38).

Soma-se a essa problematidade outro dilema. Além de uma exigência por uma quantidade maior de água, observa-se a perda de sua qualidade. O descarte inapropriado de produtos, quer pela sua quantidade, quer pela sua qualidade, não vem permitindo autodepuração da água. “O aumento dos resíduos industriais, agrícolas e domésticos veio provocar a saturação das capacidades de autodepuração dos rios e das ribeiras, que passam, assim, a conter substâncias químicas que não conseguem depurar” (HENNION, 1993, p. 63). Assim, a pequena quantidade disponível restante é mal utilizada, o que provocará, brevemente, a “escassez” desse recurso natural.

A elevação populacional provoca mais um transtorno: a necessidade de mais produtos. Para a fabricação de mais bens, necessário é o uso de mais matérias-primas. Assim, para a produção de mais mesas, necessita-se de mais madeira; para a produção de mais

²⁰ No Brasil, a situação ainda é agravada pela utilização recorrente de queimadas em práticas de desmatamentos.

²¹ Celso Pacheco Fiorillo traz os seguintes dados: “A sua forma líquida constitui cerca de 97,72% da encontrada na biosfera, sendo 97% salgada e somente 0,72% doce”. (FIORILLO, 2007, p. 142).

automóveis, necessita-se de mais minério de ferro; para a produção de mais plástico, necessita-se de mais petróleo. Novamente, o ambiente sente a pressão pela necessidade de consumo de mais madeira, mais minerais, mais combustíveis, ou seja, mais recursos. O crescimento da população gera uma preocupação pela finitude dos recursos naturais.

A explosão demográfica coloca as relações da sociedade humana com o Meio Ambiente em clima de crescente tensão, pois está em jogo a sobrevivência da espécie. Entretanto, novas necessidades afloram à consciência e ao dia-a-dia da humanidade, algumas delas supérfluas e provocadas artificialmente. (COIMBRA, 2002, p. 49).

Observando o Relatório Planeta Vivo 2010²², com base no índice de pressão ambiental que cada ser humano provoca no mundo, Édis Milaré (2013) conclui que a “humanidade está fazendo um saque a descoberto sobre os recursos naturais da Terra, consumindo cerca de 30% além da capacidade de suporte e reposição.”²³ (MILARÉ, 2013, p. 227). De tal maneira, para que o planeta Terra pudesse “repor” os recursos extraídos, seria necessária uma redução do consumo em um terço. Não basta, tão somente, uma manutenção do consumo, é imperativo um refreamento. E o caso em tela refere-se aos recursos naturais renováveis, pois os recursos naturais não renováveis já se perderam.

Como se não fosse suficiente o simples aumento da quantidade de habitantes a um nível nunca observado na história, verifica-se que o estilo de vida adotado é marcado por um desejo de consumo conspícuo. A sociedade capitalista²⁴ almeja um aumento do consumo e, conseqüentemente, um crescimento do lucro. Nota-se, claramente, que a sociedade, especialmente a ocidental, é marcada pela cultura do desperdício. Os bens não são mais duráveis e, ademais, são criadas necessidades efêmeras e supérfluas. A publicidade amplia e cria, a todo instante, carências injustificáveis. Como bem observa Édis Milaré (2011):

As distorções do consumo, em diferentes graus e modalidades, têm gerado sérios problemas até chegar ao consumismo, que consiste numa mentalidade arraigada em hábitos mórbidos, mais ou menos compulsivos, que embotam a consciência do cidadão consumista, impedindo-o de fazer sequer a menor autocrítica. (MILARÉ, 2011, p. 92).

²² Elaborado pela Rede WWF (Fundo Mundial para a Vida Selvagem).

²³ Édis Milaré faz uma analogia interessante com o uso descuidado do cheque especial: “[...] ele permite gastar mais dinheiro do que se tem no Banco, mas depois pagam-se juros escorchantes. No caso do planeta, esses juros incidem em forma de envenenamento dos oceanos e da atmosfera pelo CO₂, extinção de espécies, diminuição das reservas de água potável [...]” (MILARÉ, 2013, p. 226).

²⁴ Em todos os períodos do capitalismo, seja no capitalismo liberal, no capitalismo organizado ou no capitalismo desorganizado. (classificação de Boaventura de Sousa Santos, 1999).

Cristiane Derani (2008) explicita bem a questão, mencionando que o modelo da economia capitalista, que apregoa a necessidade sempre presente do crescimento quantitativo, não se coaduna com uma ideia de preservação ambiental. O sistema capitalista exige uma elevação crescente dos lucros para concretização de mais lucros futuros.

Crescimento zero, como é apregoadado por muitos ideólogos da proteção do meio ambiente, é totalmente incoerente com a lógica apresentada. A simples paralisação do crescimento implica a queda do valor do capital. Uma renúncia ao crescimento conduziria, pela manutenção da taxa de lucro, a uma queda do capital. [...] O ser do dinheiro é sua multiplicação. (DERANI, 2008, p. 85).

A situação é como uma bola de neve. O aumento da quantidade de pessoas e a potencialização do desejo para um maior consumo traz mais um infortúnio: a questão dos resíduos²⁵. Como lidar com a enorme quantidade de lixo residencial e industrial originada do descarte cotidiano? A reciclagem ainda é precária e incipiente e não consegue, nem de longe, atender a demanda. A decomposição dos produtos industriais processa-se na casa de dezenas e centenas de anos. O aço leva mais de cem anos para decompor; o alumínio, de duzentos a quinhentos anos; o plástico por volta de quatrocentos anos, enfim, verifica-se um acúmulo de lixo que cresce exponencialmente. É como bem analisa, novamente, Édís Milaré (2011):

A problemática de resíduos sólidos está mais definida, todavia mais complexa; e não poderia ser diferente, porquanto ela reflete o estágio de civilização em que nos encontramos. Verdade é que essa questão tornou-se mais grave e, em nossos dias, acende alarmes de urgência. É fácil de entender, mas difícil de aceitar e solucionar, a sobrecarga que lhe foi acrescentada, devida a ingentes pressões: descontrolado aumento populacional, concentrações urbanas sempre mais numerosas e maiores; a impensável variedade de atividades modernas com correspondente demanda por insumos e descarte de resíduos; os excessos de consumo e a intemperança consumista [...] (MILARÉ, 2011, p. 853).

Além das adversidades ocasionadas pelo uso inapropriado dos recursos naturais, não podem ser olvidados, também, os problemas ambientais provocados por acidentes. Merecem ser citados os casos da liberação de gás químico em Seveso, o vazamento do petroleiro Amoco Cadiz, a explosão da plataforma petrolífera no Golfo do México e, talvez o mais grave de todos, a explosão do reator nuclear em Chernobil em 1986. No Brasil, a liberação do césio

²⁵ “O termo resíduo sólido, como entendemos no Brasil, significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes sólidos dissolvidos ou suspensos na água, encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns de água”. (MACHADO, 2010, p. 577).

137 em Goiânia foi considerada, por alguns, como o segundo maior acidente radioativo do mundo.

Devido à utilização tão equivocada dos recursos naturais, não tardou o homem a colher os frutos dessa atitude. O meio ambiente não suporta mais passivo o custo da Revolução Industrial. A resposta do planeta a esse paradigma de sociedade já está sendo apresentada. Além de outras adversidades, a humanidade já se depara com dois problemas sérios que, devido a sua importância, devem ser destacados: a depleção da camada de ozônio e o aumento do efeito estufa.

A utilização por anos a fio do CFC (gás cloro-flúor-carbono), sem nenhum controle, casou o conhecido buraco na camada de ozônio. Descoberto na década de setenta, calcula-se que a deterioração da camada de ozônio é de 28,3 milhões de quilômetros quadrados. Como bem compara Romeu Thomé (2012), o tamanho do esgarçamento é de três vezes o território brasileiro. Responsável por evitar/filtrar a incidência dos raios ultravioletas, a camada de ozônio exerce papel vital para a vida na terra. Com a sua diminuição, a possibilidade de queimaduras e câncer de pele aumenta demasiadamente.

O efeito estufa é outra preocupação importante, também ocasionado pela utilização equivocada dos recursos naturais. Essencial para manter a temperatura terrestre na casa dos trinta graus *celsius*, o seu aumento é extremamente catastrófico. A elevação da temperatura global devido à emissão constante de gases produtores do efeito estufa (dióxido de carbono, metano e óxido nitroso) provoca o derretimento das calotas polares e, conseqüentemente, o aumento do nível do mar, a modificação das correntes marítimas e o aumento do processo de desertificação. Várias cidades litorâneas e ilhas correm risco de desaparecer²⁶. O aumento da temperatura global é de consequência incalculável.

José Alfredo Baracho Júnior (2008) constata, sinteticamente, todas essas observações:

A exploração desordenada ou descontrolada de recursos ambientais tem gerado conflitos de diversas ordens ambientais. Conflitos de ordem econômica na medida em que a exploração desordenada ou descontrolada de determinado recurso ambiental pode gerar seu esgotamento, ou a impossibilidade de reprodução de outro, dele dependente, na medida em que os recursos ambientais se relacionam em cadeia. [...] Do ponto de vista social, conflitos surgem em razão da deterioração da qualidade de vida. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 29).

Diante desses danos ambientais tão vertiginosos, verifica-se a impossibilidade de o planeta manter esse paradigma de exploração. Os danos ambientais e a sociedade de risco

²⁶ Refugiados ambientais.

exigem uma modificação do Estado e do Direito. Fundamental é a adoção de uma nova perspectiva; um paradigma²⁷ que contemple o crescimento econômico, a equidade social, mas, sobretudo, não deixe de atender a preservação do meio ambiente (Desenvolvimento²⁸ Sustentável); um modelo que concilie essas três necessidades humanas fundamentais. Assim, visando atender a essa necessidade, observa-se, a partir da década de setenta, o surgimento de uma legislação de cunho ambiental. Leis que procuraram trazer a proteção do ambiente como preocupação central. Leis que viriam para regular essas novas condutas prejudiciais ao ser humano e à natureza.

3.2 Conceito de Meio Ambiente²⁹

Um conceito que deve ser observado, antes da análise de como o direito versa sobre o problema dos danos ambientais, é o de meio ambiente. Uma compreensão da definição de meio ambiente permite um melhor entendimento do objeto que o Direito Ambiental visa tutelar.

A locução meio ambiente (*milieu ambiant*) foi originariamente empregada pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire, no livro *Estudos Progressivos da Natureza, (Études progressives d'un naturaliste)* em 1835. Observa-se, entretanto, que o termo somente veio a ganhar repercussão com sua utilização por Augusto Comte, em seu *Curso de Filosofia Positiva*³⁰. Essa expressão apresenta mais de uma conotação, merecendo, de tal forma, uma melhor especificação.

Dentro de uma significação técnica ou científica, meio ambiente é a “combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão”. (MILARÉ, 2013, p. 135).

²⁷ Jorge Miranda, ao observar o panorama político-constitucional do início do século XXI constata o período de transformações e instabilidade atual: “[...] deparam-se, porém, a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e países não-industrializados, as situações de exclusão social mesmo em países mais ricos, a manipulação comunicacional, a cultura consumista de massas, a erosão de certos valores éticos familiares e políticos”. (MIRANDA, 2002, p. 55).

²⁸ Desenvolvimento entendido por José Eli da Veiga: “O desenvolvimento tem a ver, primeiro e acima de tudo, com a possibilidade de as pessoas viverem o tipo de vida que escolheram, e com a provisão dos instrumentos e das oportunidades para fazerem as suas escolhas. E, ultimamente, o Relatório do Desenvolvimento Humano tem insistido que essa é uma ideia tão política quanto econômica. Vai desde a proteção dos direitos humanos até o aprofundamento da democracia”... (VEIGA, 2010, p. 81).

²⁹ A utilização do vocábulo meio ambiente pode dar margem à discussão sobre a redundância da utilização de dois termos que são sinônimos. A expressão, no entanto, encontra-se consagrada tanto na língua portuguesa tanto no meio jurídico.

³⁰ De acordo com Édis Milaré, em sua obra *Direito do Ambiente*, 2013, p. 133.

No âmbito jurídico, meio ambiente apresenta duas concepções principais³¹. Dentro de uma perspectiva estrita, o meio ambiente seria sinônimo de recursos ambientais³². É constituído pela atmosfera, pelas águas interiores, superficiais e subterrâneas, pelos estuários, pelo mar territorial, pelo solo, pelo subsolo, pelos elementos da biosfera, pela fauna e pela flora. Resume-se ao ambiente natural. Já pela perspectiva ampla³³, não se limita aos aspectos naturais ou físicos. Compreende-se na ideia de meio ambiente tanto o meio ambiente natural quanto o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho.

O meio ambiente natural ou físico, dessa forma, é constituído pelos recursos ambientais. Pode ser resumidamente traduzido pelo meio ambiente que não sofreu alteração operada pelo homem. É a natureza no sentido vulgarmente usado. O meio ambiente artificial contrapõe-se ao natural. Ele advém de alterações que o homem realiza na natureza. É sinônimo de meio ambiente urbano (cidades), constituído pelas edificações e equipamentos públicos. O meio ambiente cultural é consubstanciado pelo patrimônio histórico, estético, artístico, arqueológico, que fazem referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade (art. 216 da Constituição Federal). Por fim, o meio ambiente do trabalho é a conservação do local onde o homem exerce sua atividade laborativa. “Com isso, conclui-se que a definição de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma”. (FIORILLO, 2007, p. 21).

A conceituação legal de meio ambiente, por sua vez, formulada pela Política Nacional do Meio Ambiente, é estabelecida pelo art.3º, I, da Lei nº 6.938/81: “Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (SARAIVA, 2013).

A resolução 306/02 do CONAMA³⁴ complementa o conceito legal, observando a percepção ampla de meio ambiente e trazendo os seus aspectos: “Resolução 306/02: conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (CONAMA, 2002).

³¹ Luís Paulo Sirvinskas (2010) relata não haver consenso sobre o conceito jurídico de meio, entretanto, destaca a ampla predominância da aceitação da perspectiva ampla.

³² Definido na art. 3º, V, da Lei nº 6.938/81.

³³ Posição majoritária da doutrina pátria.

³⁴ Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é órgão consultivo e deliberativo com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

Importante, também, serem mencionadas as conceituações de meio ambiente de alguns doutrinadores. Beatriz Souza Costa (2010) expõe uma abordagem solidária³⁵ de meio ambiente que merece ser reproduzida: “Meio ambiente é o conjunto de elementos naturais e artificiais partilhados com seres humanos e não humanos necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária”. (COSTA, 2010, p. 57).

Uma percepção do conceito de meio ambiente, que destaca seus elementos, é feita por Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (1997):

Concepção ampla que abarca tanto o meio ambiente natural (solo, água, ar atmosférico, flora, fauna, biosfera), como o artificial (espaço urbano construído-ruas, praças, áreas verdes e demais assentamentos de reflexos urbanísticos), cultural (patrimônio histórico, cultural, artístico, arqueológico e espeleológico) e do trabalho (relações entre o local de trabalho e o meio externo em face da saúde/incolumidade físico-psíquica das pessoas). (FIORILLO; RODRIGUES, 1997, p. 24).

Verifica-se, novamente, que, além da conservação da natureza, a preservação do meio ambiente engloba a proteção do meio ambiente artificial, cultural e do trabalho. José Afonso da Silva (2002), em seu livro *Direito Constitucional Ambiental*, traz uma definição interessante de meio ambiente, que nada mais é que a pedra angular do Direito Ambiental. Faz questão de mencionar, também, os aspectos culturais, claro, sem deixar de citar a proteção da natureza no seu sentido mais comum. Define o autor:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial³⁶, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico. (SILVA, 2002, p. 20).

E, por fim, é digna também de registro³⁷ a conceituação de meio ambiente de Ávila Coimbra (2002), devido a sua abrangência e pelo seu destaque das implicações das relações humanas com tudo o que está a sua volta:

Meio ambiente é o conjunto dos elementos abióticos (físicos e químicos) e bióticos (flora e fauna), organizados em diferentes ecossistemas naturais e sociais em que se insere o Homem, individual e socialmente, num processo de integração que atenda ao desenvolvimento das atividades humanas, à preservação dos recursos naturais e

³⁵ A resolução da ONU n. 37 de 1982 enuncia: “Toda forma de vida é única e merece ser respeitada, qualquer que seja sua utilidade para o homem e, com sua finalidade de reconhecer, aos outros organismos vivos este direito, o homem deve se guiar por um código moral de ação.” (COSTA, 2010, p. 56).

³⁶ Para José Afonso da Silva, o meio ambiente do trabalho estaria inserido no meio ambiente artificial.

³⁷ Observação feita, também por Édis Milaré em seu livro *Direito do ambiente* (2013, p. 136).

das características essenciais do entorno, dentro das leis da natureza e de padrões de qualidade definidos. (COIMBRA, 2002, p. 32)

3.3 Direitos Humanos e o Direito fundamental³⁸ a um meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁹

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (NAÇÕES UNIDAS, 1948). O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos representa um projeto da Humanidade. Uma busca de respeito a todos os indivíduos, independentemente de qualquer adjetivação. Não importa mais se a pessoa é branca ou negra, católica ou protestante, rica ou pobre. Todos os indivíduos são dotados de direitos mínimos que, de forma alguma, se pode negligenciar. De tal maneira, os seres humanos, sem exceção, possuem um atributo intrínseco: a dignidade. O que os Direitos Humanos visam é a promoção da dignidade de todos os indivíduos.

Os Direitos Humanos⁴⁰ não surgiram todos em um único momento histórico. São frutos de lutas e revoltas, de conquistas e retrocessos. “Os elementos que compõem os direitos humanos não se desenvolveram na mesma época. Pelo contrário, tiveram seu desenvolvimento e apogeu em contextos históricos distintos.” (GUERRA, 2013, p. 56). “Os direitos fundamentais passaram na ordem internacional a manifestar-se em três gerações⁴¹ sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo”. (BONAVIDES,

³⁸ Direitos fundamentais e direitos humanos usados nessa dissertação como sinônimos, sabendo, o autor, que vários doutrinadores dão significação diversa aos termos. “Geralmente, a distinção que se faz entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e que os primeiros são os direitos positivados nas declarações e convenções internacionais, e que os segundos são aqueles aplicados diretamente gozando de proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito. São provenientes do amadurecimento da própria sociedade”. (GUERRA, 2013, p. 29). Fábio Konder Comparato (2007), entretanto, tem uma visão diferente: “E aí se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos não declarados em textos normativos.” (COMPARATO, 2007, p. 58). Canotilho (2009) acompanha essa última linha de raciocínio: “Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente”. (CANOTILHO, 2009, p. 393).

³⁹ Art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰ Entendidos, resumidamente, como: Os direitos humanos são aqueles direitos pertencentes a todos os indivíduos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. São os direitos que visam promover a dignidade humana.

⁴¹ “Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”. (BONAVIDES, 2009, p. 562)

2009, p. 563) Assim, uma breve análise desses contextos permite a identificação de seus elementos basilares.

Nas décadas finais do século XVIII, o Liberalismo, como filosofia política, estabeleceu, como premissa maior, que o eixo principal da vida em comunidade deveria ser a liberdade⁴². “Uma sociedade livre é aquela que obedece às leis que ela própria estabelece e aos governantes por ela escolhidos.” (COMPARATO, 2007, p. 63) As pessoas deveriam poder escolher livremente sobre a religião, a corrente política, as convicções morais e, principalmente, como dispor de suas propriedades. A exigência maior do Liberalismo era uma abstinência do Estado na regulamentação da vida particular dos indivíduos e do mercado. Seria uma “prestação negativa” imposta ao Estado.

Esse Estado Mínimo, que procurou atender aos anseios da classe burguesa, pode ser caracterizado pelo *laissez-faire* (deixe fazer). A função do Estado se resumia, principalmente, em manter a segurança externa e interna e exigir e efetivar o que tivesse sido pactuado pelos particulares. De tal maneira, o mercado regularia suas próprias relações (mão invisível do mercado⁴³), sendo que as interferências realizadas pelo Estado seriam consideradas ingerências na vida dos particulares. “O capitalismo mercantil, com sua acumulação de riquezas e a necessidade de segurança das convenções comerciais, postulava a existência de um estatuto individual estável, assente numa larga autonomia do *homo economicus*”. (CANOTILHO, 2003, p. 385) Assim, por meio da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e da Revolução Francesa de 1789 (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) superava-se o Estado Absolutista ou *Ancien Régime* (Antigo Regime), como bem relatado por Norberto Bobbio (1992):

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada histórica do gênero humano. Um grande historiador da revolução, Georges Lefebvre, escreveu: “Proclamando a liberdade, a igualdade e a soberania popular, a Declaração foi o atestado de óbito do Antigo Regime, destruído pela Revolução”. (BOBBIO, 1992, p. 85).

⁴² Fábio Konder Comparato (2007) faz a mesma observação e ilustra com o artigo 1º da Declaração da Virgínia de 1776 que merece ser reproduzida: “Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.” (COMPARATO, 2007, p. 50).

⁴³ Adam Smith em “A Riqueza das nações”.

Essa igualdade puramente formal de todos perante a lei, acarretou uma imensa desigualdade social e, conseqüentemente, péssimas condições de vida para a maior parte da população. Condições precárias de emprego, higiene, moradia, vestuário e alimentação fizeram eclodir várias revoluções populares, no desejo de uma melhor distribuição de renda. A maioria da população, assim, insuflada pelas críticas dos pensadores socialistas⁴⁴, tanto utópicos quanto científicos (Saint-Simon, Marx, Engels), inconformada, exigiu uma transformação da sociedade. A propriedade privada dos meios de produção e o livre comércio seriam a base da exploração do homem pelo homem.

A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram concebidos, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. (COMPARATO, 2007, p. 54).

Essas aspirações da classe proletária provocaram uma mudança de perspectiva das tarefas do Estado. O Estado não poderia ser, apenas, uma mera testemunha das mazelas sociais. O Estado não deveria, somente, respeitar e proteger as liberdades, mas teria uma obrigação, também, de promover uma igualdade material entre os indivíduos. Assim, procurar-se-ia assegurar, a todos as pessoas, condições mínimas para uma vida com dignidade. São impostas ao Estado “tarefas positivas”, como proporcionar alimentação, educação, saúde, vestuário, moradia, trabalho digno para todos os indivíduos necessitados. É o que foi denominado *Welfare State*, Estado Providência ou Estado do bem-estar social. Desse novo paradigma de Estado, destacam-se a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que reconheceram os direitos sociais.

Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade enquanto virtude cívica. A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. (COMPARATO, 2007, p. 65).

⁴⁴ “Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta de classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade.” (CANOTILHO, 2003, p. 385).

Posteriormente, depois de percebidas as catástrofes cometidas na Segunda Guerra Mundial, constata-se uma nova preocupação com o “destino da humanidade”. Os horrores do holocausto e as bombas nucleares despejadas em Hiroshima e Nagasaki demonstraram o potencial destruidor do homem. O receio de um conflito bélico entre as grandes superpotências à época (Estados Unidos e União Soviética) era iminente. Dessa situação⁴⁵, surge o desejo da paz e, conseqüentemente, os direitos de solidariedade e fraternidade. Constituem direitos destinados à proteção do gênero humano e, por isso, possuem uma natureza difusa. “Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.” (BONAVIDES, 2009, p. 569). Compreendem o direito à paz, à autodeterminação dos povos, à comunicação e, principalmente, à proteção do meio ambiente.

Percebidos estes direitos mínimos que deveriam ser assegurados a todos os indivíduos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴⁶ tornou impreterível que todos os países signatários efetivassem suas determinações. Todas as dimensões⁴⁷ ou gerações dos Direitos Humanos devem ser fomentadas, estimuladas e respeitadas por nações que procurem cumprir o princípio da dignidade humana. Destaca-se do seu preâmbulo:

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, [...] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações [...] (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Fábio Konder Comparato (2007) observa que a Declaração Universal dos Direitos Humanos inaugurou uma nova fase na história da Humanidade. Fase esta, ainda, em desenvolvimento. “Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os

⁴⁵ Contribui, também, para a percepção da necessidade de solidariedade entre os povos e nações o processo de descolonização ocorrido após- Segunda Guerra.

⁴⁶ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento de referência na construção dos Direitos Humanos. Representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as nações elaboraram a Declaração que foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III). Suas determinações servem como normas comuns a serem efetivadas por todos os países. (NAÇÕES UNIDAS, 2012).

⁴⁷ Karel Vasak, em palestra realiza no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo, no ano de 1979, propôs uma classificação nas fases de reconhecimento dos direitos humanos, dividida em três gerações, conforme a marca predominante dos eventos históricos e das aspirações axiológicas que a elas deram identidade: a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, valorizava a liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade; a terceira geração se nutriu das duras experiências sofridas pela Humanidade durante a Segunda Guerra Mundial e da onda de descolonização que a se seguiu, refletindo os valores da fraternidade. (GUERRA, 2013, p. 58)

direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade.” (COMPARATO, 2007, p. 57).

A partir desse instante, todas as dimensões dos direitos humanos devem ser perseguidas na promoção da dignidade humana. Tanto as liberdades e os direitos de participação política (primeira geração), os direitos sociais (segunda geração) e os direitos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a paz (terceira geração) são objetivos a serem perseguidos na promoção do atual Estado Democrático de Direito. Deve ser almejado pelo Estado brasileiro o crescimento econômico, a equidade social e a preservação ambiental. O cumprimento desses objetivos é, na verdade, a implementação das dimensões dos Direitos Humanos. Somente se pode falar em Estado Democrático de Direito com a obediência destas gerações. Assim trata o assunto Norberto Bobbio (1992):

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: direito de viver num ambiente não poluído. (BOBBIO, 1992, p. 6).

Destaca-se a seguir a construção desse direito humano de terceira dimensão, ou seja, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio do Direito Ambiental.

3.4 A construção e a afirmação do Direito Ambiental⁴⁸

Primeiramente, verifica-se que o Direito Ambiental, como um conjunto de normas e princípios que objetivam tutelar o meio ambiente, é recente, não obstante alguns de seus elementos já fossem protegidos. Tanto no mundo, como no Brasil, a construção de um direito verdadeiramente do ambiente só veio a surgir após a década de 1970. “Abordar o meio ambiente como objeto do Direito é uma decorrência da transformação estrutural nas funções do Estado e do Direito, modificações estas que se configuram, basicamente, a partir da segunda metade do século XX”. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 27).

Apesar de diversas convenções que versavam sobre recursos ambientais⁴⁹, somente nos finais dos anos 60, os problemas do meio ambiente passaram a ser uma preocupação

⁴⁸ Procura-se, apenas, fazer uma breve abordagem do processo de desenvolvimento histórico no Brasil e no mundo, pois uma abordagem ampla não é imperativamente necessária para este trabalho.

global. Sociedades civis dos Estados Unidos, Japão e Europa, assombrados pelas constatações científicas de danos irreversíveis à natureza, exigiam uma tomada de atitude. Assim, a questão dos danos ambientais popularizou-se e a pressão sobre os governantes foi inevitável. Esse é o contexto da Conferência de Estocolmo de 1972.

A Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, devido à sua importância, é considerada o marco inicial do Direito Ambiental internacional. Nela estiveram presentes: “113 Estados, representantes de praticamente todas as organizações intergovernamentais, 700 observadores enviados por quase 400 ONGs e cerca de 1.500 jornalistas”. (CRETELLA NETO, 2012, p. 131).

A questão inicial que ensejou a Conferência de Estocolmo de 1972 foi a poluição atmosférica. A chuva ácida e a poluição do ar eram sérias preocupações nos países centrais. Problemas, também, referentes à poluição da água e do solo, já inquietavam a população mundial, provocando protestos⁵⁰. Discussões sobre a pressão do crescimento populacional e a finitude dos recursos naturais, igualmente, estavam presentes. A grande controvérsia girava em torno de como conciliar o crescimento econômico com a preservação do meio ambiente.

Terminada a Conferência firmou-se uma Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, constituída de 26 princípios, que serviu de referência para todo o mundo. Conjuntamente, estabeleceu-se um Plano de Ação, com 109 recomendações, que deveriam ser obedecidas por todos os países. Merecem ser destacados os princípios 1 e 7, que ilustram as conclusões finais:

Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

[...]

Princípio 7

Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar. (CRETELLA NETO, 2012, p. 133).

⁴⁹ Como, por exemplo, A Convenção para a Proteção dos Pássaros Úteis à Agricultura (1902) e o Tratado do Antártico firmado em 1959.

⁵⁰ O desastre (envenenamento das águas por mercúrio) em Minamata, no Japão, na década de 50 e o derramamento de petróleo, na costa da Inglaterra, provenientes da divisão do petroleiro Torrey Canyon em 1967, ilustram a situação.

Além dessa importante Declaração, não pode ser olvidado, que, logo após a Conferência de Estocolmo de 1972, foi criado o PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente). Essa agência, a partir de então, ficou responsável por incentivar a proteção do meio ambiente e estimular o desenvolvimento sustentável dos países.

Outra importante reunião que marcou as discussões mundiais sobre os problemas ambientais, foi a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992. Conhecida como Rio 92 ou ECO 92, além de confirmar as “propostas” da Declaração de Estocolmo (1972), explicitou importantes princípios para a proteção do meio ambiente como, por exemplo, o da precaução e o da avaliação de impacto ambiental.

Princípio 15

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

[...]

Princípio 17

A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente. (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Da ECO 92 foram elaborados importantes documentos como: a Declaração do Rio (Carta do Rio), as Convenções sobre Diversidade Biológica e sobre as Mudanças do Clima e a Agenda 21.

Destaca-se, também, posteriormente, a Conferência das Partes (COP.3) realizada na cidade japonesa de Kioto em 1997. Essa Conferência procurou estabelecer mecanismos concretos para a diminuição da eliminação dos gases que provocam o efeito estufa. Ao final, foi elaborado um documento, que ficou amplamente conhecido como Protocolo de Kioto⁵¹, onde os países signatários se comprometiam com a redução das emissões de dióxido de carbono e demais gases de efeito estufa (THOMÉ, 2012).

Por fim, merecem ser destacadas A Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável (Johanesburgo 2002) e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável de 2012. Tais conferências procuraram aperfeiçoar e reafirmar os compromissos das anteriores, com a conservação e preservação do meio ambiente e, também, com a erradicação da pobreza.

⁵¹ Entrou em vigor em 2005 com a ratificação da Rússia.

No Brasil, desde as Ordenações Afonsinas⁵² e por todo o período colonial e imperial, os recursos ambientais já eram tutelados, entretanto, não por uma perspectiva autônoma. Havia sempre um interesse imediato, geralmente econômico, e apenas mediatamente se protegia o meio ambiente. Tutelava-se o meio ambiente como um bem privado⁵³, pertencente ao indivíduo, e não como um interesse difuso⁵⁴.

A partir da década de 20 do século passado, observa-se uma mudança de perspectiva sobre o meio ambiente no Brasil. Surgem as preocupações sanitaristas e, assim, há uma mitigação do aspecto puramente, econômico. Citem-se, como exemplos, o Decreto nº 16.300/23 (Regulamento do Departamento de Saúde Pública), o Decreto nº 23.793/34 (Código Florestal), o Decreto nº 24.114/34 (Regulamento da Defesa Sanitária Vegetal) e o Decreto nº 24.643/34 (Código das Águas). Depois, na década de 60, a proteção fragmentária do meio ambiente ganha novo fôlego (BENJAMIN, 2011, p. 107). São desse período a Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), a Lei nº 5.197/67 (Código de Caça) e a Decreto-lei nº 227/67 (Código de Mineração).

Somente nos anos 80 o meio ambiente ganharia autonomia no Brasil. A maioria dos doutrinadores brasileiros aponta o advento de um direito verdadeiramente do ambiente com a promulgação da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). Foi então que, após a Conferência de Estocolmo de 1972⁵⁵, o problema de um meio ambiente equilibrado tornou-se preocupação legislativa. Guilherme Purvin de Figueiredo (2010) esclarece a questão:

[...] indicando uma (re) orientação radical de rumo, aparece a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981), dando início à fase holística, onde o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como um sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo), com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico) e com garantias de implementação (= facilitação do acesso à justiça). Só com a Lei 6.938/81, portanto, é que verdadeiramente começa a proteção ambiental como tal no Brasil, indo o legislador além da tutela dispersa, que caracterizava o modelo fragmentário até então vigente (assegura-se o todo a partir das partes). (FIGUEIREDO, 2010, p. 41).

⁵² Nas Ordenações Afonsinas, o corte deliberado de árvores frutíferas era considerado crime de injúria ao rei. Nas Ordenações Manuelinas proíbe-se a caça de alguns animais com instrumentos capazes de provocar-lhes sofrimento. (MILARÉ, 2013).

⁵³ Destacam as normas de direito de vizinhança estabelecidas no Código Civil de 1916.

⁵⁴ O artigo 81, parágrafo único, I, da Lei. 8.078/90 definiu os direitos e interesses difusos: como “[...] os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

⁵⁵ Destacando, novamente, que a Conferência Internacional das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972, é considerada o marco inicial mundial do direito ambiental. Com a participação de 113 países, 250 organizações não governamentais e organismos da ONU foi aprovada a Declaração de Estocolmo (26 princípios referentes a comportamentos e responsabilidades para a questão ambiental). (MILARÉ, 2013, p. 1533).

A Lei nº 6.938/81 é a norma geral para proteção do meio ambiente. Ela estabelece conceitos, princípios, instrumentos e objetivos para a consecução da conservação ambiental e, ainda mais, por meio dela, se institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). (THOMÉ, 2012). Regulamentando o artigo 23, VI e VII, da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a competência administrativa ambiental, no seu artigo segundo, a Lei nº 6.938/81 enumera os princípios que servem de base para efetivar a Política Nacional do Meio Ambiente:

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

- I - ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo;
- II - racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar;
- III - planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais;
- IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas;
- V - controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras;
- VI - incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais;
- VII - acompanhamento do estado da qualidade ambiental;
- VIII - recuperação de áreas degradadas;
- IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação;
- X - educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. (BRASIL, 1981).

Importante marco legislativo, no direito brasileiro, surge em 1985: a Lei nº 7.347/85. Ela regula a ação civil pública que proporciona a efetivação dos ditames da Política Nacional do Meio Ambiente. Com a Lei nº 7.347/85, a proteção do meio ambiente passa a ter um instrumento processual hábil à consecução de seus fins. O meio ambiente como um todo, e não apenas casos particulares, como nas ações ordinárias em conflitos de vizinhança, é tutelado. O Brasil passa a ter a vanguarda em Direito Ambiental, tendo uma lei “material” e outra “processual”, ambas altamente eficazes.

Diante dessa modificação de paradigma impulsionada pela Declaração de Estocolmo de 1972 e pela promulgação da Lei nº 6.938/81, a Carta Magna brasileira de 1988 buscou promover uma efetiva proteção ambiental. Nenhuma Constituição brasileira, ainda, havia versado sobre o tema por esta perspectiva. O direito a um meio ambiente equilibrado ganha

status de direito fundamental⁵⁶, sendo assegurado, assim, esse Direito Humano de terceira dimensão⁵⁷. Todo o Capítulo VI, do Título VIII, da Constituição Brasileira de 1988, vem tratar do meio ambiente.

As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre o meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. (SILVA, 2002, p. 46).

Conclusão semelhante chega, também, Guilherme Purvin de Figueiredo constatando a “inovação” constitucional de 1988:

Não resta nenhuma dúvida que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1988, foi a que de forma mais enfática elevou a defesa do meio ambiente e a observância da função social da propriedade à condição de princípios constitucionais – não apenas princípios de ordem econômica, mas verdadeiras garantias constitucionais de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] (FIGUEIREDO, 2010, p. 168).

Beatriz Souza Costa (2010) corrobora tal observação, destacando que países como Grécia, Portugal e Espanha foram pioneiros na inclusão do meio ambiente como um direito tutelado constitucionalmente. “A primeira Constituição a preocupar-se com a proteção do meio ambiente foi a de 1988. Esta ascensão deveu-se a uma ordem global em que vários países constitucionalizaram essa proteção, como dito anteriormente.”. (COSTA, 2010, p. 62).

Observa-se, assim, principalmente após a Constituição da República de 1988, a garantia pertencente a todas as pessoas⁵⁸ de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental para uma sadia qualidade de vida. É o que dispõe expressamente o artigo 225 da Constituição da República: “Art. 225 - Todos⁵⁹ têm direito ao

⁵⁶ “No Brasil, não há dúvidas de que o meio ambiente é considerado um direito fundamental, porque qualquer interpretação contrária não encontrará amparo. A própria Constituição Federal, em seu art. 225, enuncia ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado’. Portanto, fala de ‘todos’ e ‘cada um’. Sendo assim, o indivíduo tem o direito fundamental e subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado”. (COSTA, 2010, p. 63).

⁵⁷ Os direitos humanos comumente são divididos em três dimensões ou gerações. Sendo a primeira composta pelos direitos de liberdade e participação política; a segunda constituída pelos direitos sociais e a terceira pelos direitos de solidariedade (paz e meio ambiente equilibrado).

⁵⁸ Importante destacar o princípio intergeracional deste direito. Deve-se conservar o meio ambiente não somente para atender as necessidades da geração presente, mas também como um compromisso com as gerações vindouras.

⁵⁹ “Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando

meio ambiente ecologicamente equilibrado⁶⁰, bem de uso comum do povo e essencial à sadia 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.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Constata-se que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todas as pessoas indistintamente. Não pertence, exclusivamente, a um único indivíduo e, sim, à coletividade. Não se configura, também, entre os direitos sociais, pois esses almejam uma redução das desigualdades sociais. Pertence a pessoas indeterminadas que se vinculam por uma circunstância de fato.

Em outro viés, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser pensado como um direito ou interesse difuso. Nessa dimensão o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não está vinculado a indivíduos, mas expressa a atribuição de direitos a coletividades, determinadas em determinadas circunstâncias e indeterminadas em outras. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 81).

Percebe-se, conseqüentemente, que o objetivo⁶¹ do Direito Ambiental é o equilíbrio ambiental. De tal modo, o Direito Ambiental tem por finalidade a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (art. 2º da Lei nº 6.938/81). Nota-se o anseio em tentar estabelecer uma compatibilidade entre a ideia de desenvolvimento/crescimento, a equidade social com a conservação da natureza⁶².

Depreendem-se, também, tais perspectivas, da conceituação do Direito do Ambiente feita por Édis Milaré (2013): “O complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.” (MILARÉ, 2013, p. 255).

Paulo Affonso Leme Machado (2002), em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, faz uma constatação importante sobre o Direito Ambiental que vale a pena ser transcrita:

uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos”. (FIORILLO, 2007, p. 12).

⁶⁰ “Equilíbrio ecológico é o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que formam um ecossistema ou *habitat*, suas cadeias tróficas, vegetação, clima, microorganismos, solo, ar, água, que pode ser desestabilizado pela ação humana, seja por poluição ambiental, por eliminação ou introdução de espécies animais e vegetais”. (MACHADO, 2010, p. 132).

⁶¹ Como salienta Édis Milaré: “A missão do Direito ambiental é conservar a vitalidade, a diversidade e a capacidade de suporte do planeta Terra, para usufruto das presentes e futuras gerações”. (MILARÉ, 2013, p. 256).

⁶² Resumidamente, promover o desenvolvimento sustentável.

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagonista. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação. (MACHADO, 2002, p.129).

Paulo Affonso Leme Machado ainda informa a conceituação do direito ao meio ambiente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, destacando a obrigatoriedade de sua proteção, tanto do Poder Público quanto da coletividade:

O Supremo Tribunal Federal, através do voto do Min. Celso de Mello (relator), conceituou o direito ao meio ambiente “como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações”. (MACHADO, 2010, p. 131).

Não pode ser olvidado que a proteção do meio ambiente também é um dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica e financeira. Não obstante o Brasil adotar o sistema capitalista de produção e distribuição, percebe-se a imposição de todas as perspectivas dos Direitos Humanos na ordem econômica e financeira. A Constituição Federal de 1988 traz, explicitamente, essa disposição no seu art. 170, VI:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (BRASIL, 1988).

De tal forma, verificou-se, buscando atender as determinações constitucionais, a publicação de diversos diplomas legais que procuraram efetivar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Longe de querer ser exaustivo, citem-se, apenas com fins de informação, algumas leis ambientais que merecem destaque: Lei nº 9.433/97 (Política Nacional dos Recursos Hídricos), Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), Lei nº 9.985/00 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação), Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), Lei nº 11.105/05 (Lei da Biotecnologia), Lei nº 11.428/06 (Lei sobre o uso e a proteção do Bioma da Mata Atlântica), Lei nº 11.445/07 (Lei de Diretrizes do Saneamento Básico), Lei nº

12.187/09 (Lei que institui a Política Nacional de Mudanças Climáticas), Lei nº 12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos), Lei nº 12.587/12 (Política Nacional de Mobilidade Urbana) e Lei 12.651/12 (Código Florestal).

3.5 O direito ambiental e as outras disciplinas jurídicas

Na busca da efetivação da sua finalidade, ou seja, a preservação e a conservação do meio ambiente, o Direito Ambiental irá, constantemente, se relacionar com as demais disciplinas jurídicas. Como destaca Paulo Bessa Antunes (2012), a transversalidade é a característica principal do Direito do Ambiente. O seu caráter transversal denota que o Direito do Ambiente penetra nos diversos ramos do direito positivo, impondo-lhes a proteção do meio ambiente.

O direito ambiental não se situa em paralelo a outros ramos do Direito. O direito ambiental é um direito de coordenação e, nessa condição, é um direito que sugere aos demais setores do universo jurídico o respeito às normas que o formam, pois o seu fundamento de validade é emanado diretamente da norma constitucional. (ANTUNES, 2012, p. 21).

Novamente, Paulo Bessa Antunes (2012), observando que a classificação do Direito em disciplinas é um resquício do pensamento positivista, conclui que a defesa do meio ambiente envolve as “diferentes” áreas do Direito:

O tratamento jurídico do meio ambiente se faz em diferentes áreas do Direito e por diferentes instrumentos que, nem sempre, são de “direito ambiental”. Talvez esse fato seja um dos mais relevantes no contexto do Direito Ambiental, pois nem toda norma que, direta ou indiretamente, relaciona-se a uma questão ambiental pode ser compreendida no universo do Direito Ambiental⁶³. (ANTUNES, 2012, p. 7).

Primeiramente, como já mencionado, o Direito Ambiental vincula-se ao Direito Constitucional. Além do Capítulo VI, Título VIII, que nomeadamente versa sobre o meio ambiente, é importante relatar que um dos princípios que regem, constitucionalmente, a ordem econômica e financeira é a defesa do meio ambiente (art.170, VI, da Constituição da República). De tal maneira, o princípio da defesa do meio ambiente é determinante para o

⁶³ A observação de Paulo Bessa Antunes é muito pertinente, principalmente, no choque de princípios entre o Direito Ambiental e o Direito Penal.

setor público e indicativo para o setor privado quando o Estado, como agente regulador, estiver exercendo as suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento⁶⁴.

O Direito Ambiental interage, também, e a todo instante, com o Direito Administrativo. Cumpre relatar que a proteção do meio ambiente é uma obrigatoriedade⁶⁵ imposta à Administração Pública. Essa obrigação pode ser traduzida pelo princípio da natureza pública da proteção ambiental. “A gestão do meio ambiente não é matéria que diga respeito somente à sociedade civil, ou a uma relação entre poluidores e vítimas da poluição. Os países, tanto no Direito interno como no Direito internacional, têm que intervir e atuar”. (MACHADO, 2010, p. 108).

Em nosso ordenamento, este princípio aparece com muita ênfase, já que não só a lei ordinária reconhece o meio ambiente como um patrimônio público, a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo, mas também a Lei Fundamental brasileira a ele se refere como ‘bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida’, impondo ao Poder Público e à coletividade como um todo a responsabilidade por sua proteção. (MILARÉ, 2013, p. 261)

Desde a Declaração de Estocolmo de 1972, já se impunha ao Poder Público o dever de promover a defesa e a conservação do meio ambiente. Cite-se o Princípio 17: “Deve-se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”. (NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Assim, para a efetivação dessa imposição, o Poder Público, por meio do poder de polícia⁶⁶ ambiental, cumpre uma função fundamental na grande maioria das questões ambientais. Por meio de vários instrumentos administrativos, como, por exemplo, multas, apreensões, licenças⁶⁷, tombamentos, desapropriações, embargos de obras, interdição de atividades, o meio ambiente é tutelado.

Com o Direito Tributário, o Direito Ambiental também compartilha pontos de interseção. Por meio de taxas e impostos, o Poder Público influencia diretamente a sociedade. Um exemplo, bem comum, é o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) progressivo no

⁶⁴ Art.174, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

⁶⁵ O art. 225 da Constituição Federal de 1988, além de impor ao Poder Público o dever da defesa do meio ambiente, estabelece no §1º diversas incumbências para efetivar essa proteção.

⁶⁶ Poder de Polícia definido no Código Tributário Nacional no art. 78: “Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

⁶⁷ O licenciamento das atividades potencialmente poluidoras é um dos principais instrumentos na busca da prevenção do dano ambiental.

tempo estabelecido pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade. A utilização de formas “negativas” de tributação é, também, uma importante maneira de estimular os contribuintes a um comportamento adequado para a conservação e a recuperação do meio ambiente e, ademais, possibilita a arrecadação de recursos financeiros. O emprego de incentivos fiscais, já largamente utilizados nos países estrangeiros, serve como instrumento eficaz para incentivar a proteção do meio ambiente.

Constante, também, é a relação do Direito do Ambiente com o Direito Internacional. Como a poluição não respeita fronteiras, limites territoriais, é imperiosa a assinatura de convenções e tratados internacionais para a consecução da proteção do meio ambiente. O princípio 12 da Declaração do Rio de 1992 traz tal determinação:

Princípio 12

Os Estados devem cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável em todos os países, de forma a possibilitar o tratamento mais adequado dos problemas da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não devem constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional. Devem ser evitadas ações unilaterais para o tratamento dos desafios internacionais fora da jurisdição do país importador. As medidas internacionais relativas a problemas ambientais transfronteiriços ou globais deve, na medida do possível, basear-se no consenso internacional. (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Por fim, além de outras disciplinas jurídicas, o Direito Ambiental se relaciona com o Direito Penal. Em busca da proteção do meio ambiente, diversas condutas são tipificadas como infrações penais. Destaca-se a Lei nº 9.605/98 conhecida com a Lei dos Crimes Ambientais. Essa relação do Direito Penal com Direito Ambiental provocará algumas discussões que serão objeto de análise nos capítulos posteriores.

4 DIREITO PENAL AMBIENTAL

4.1 A tríplice responsabilidade pelos danos ambientais

Como já verificado, a sociedade do risco, caracterizada pela incerteza das consequências das atividades produtivas, pode ser bem exemplificada pelos problemas ambientais vividos nas últimas décadas. A devastação do meio ambiente gerou uma inquietação em todos os setores da sociedade que, angustiados, reivindicaram proteção. De tal maneira, todo um aparato jurídico para a proteção do meio ambiente foi estabelecido, culminado, em 1988, com a proteção constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Consta-se, assim, a importância dada pelo legislador constituinte brasileiro ao meio ambiente, competindo a todo o ordenamento jurídico efetivar a sua conservação e preservação.

Para a consecução desse objetivo, a Constituição da República de 1988 estabeleceu, no seu artigo 225, §3º, a responsabilidade tríplice para as atividades e condutas agressivas ao meio ambiente. A proteção do meio ambiente consubstancia-se na responsabilidade civil⁶⁸, administrativa e penal⁶⁹. Não bastaria, tão somente, recompor o dano ambiental (responsabilidade civil), estaria o infrator sujeito às sanções de ordem administrativa e, inclusive, às sanções penais.

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia 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.

[...]

§3º - 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. (BRASIL, 1988).

⁶⁸ A responsabilidade civil ambiental é objetiva: “Com todas as dificuldades presentes no sistema em se provar a culpa do agente na consecução do dano, a responsabilidade subjetiva ao poucos vai tornando-se regra necessária apenas no campo penal, à medida que é exceção na esfera cível. Isso porque a tendência mundial é a de efetivamente buscar a justiça, o que implica ver a reparação do dano apenas pelos olhos da vítima”. (FIORILLO, 2007, p. 34). Verificação consonante apresenta, também, Guilherme Purvin Figueiredo (2013): “Adotou nosso país o modelo da teoria do risco integral: o exercício de uma atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente torna o empreendedor responsável civilmente por quaisquer prejuízos que tal atividade venha causar, não se admitindo a alegação de qualquer causa excludente de sua responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior”. (FIGUEIREDO, 2013, p. 175).

⁶⁹ Com o artigo 225, §3º, da Constituição Federal, tornou-se imperativo a tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado. “Com tal previsão, a Carta brasileira afastou, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do ambiente”. (PRADO, 2012, p. 79).

Romeu Thomé (2013) destaca essa importância dada pela Constituição Federal de 1988 à proteção do meio ambiente e, conclui, sobre a necessidade de todo o ordenamento jurídico em efetivar esse objetivo. Ressalta, inclusive, a possibilidade de o poluidor ser responsabilizado em três esferas distintas, ou seja, nas esferas civil, administrativa e, também, no âmbito penal:

A Constituição de 1988 prevê a possibilidade de responsabilização do poluidor, em decorrência do mesmo dano ambiental, nas esferas penal, administrativa e civil. Desta forma, de acordo com o §3º do artigo 225, as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente podem sujeitar os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, simultaneamente, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (THOMÉ, 2013, p. 153).

Guilherme José Purvin de Figueiredo (2013) constata a tríplice responsabilidade por conduta ou atividade prejudicial ao meio ambiente. Destaca a independência entre as instâncias em sua obra *Curso de Direito Ambiental*:

Em outras palavras, a poluição pode ser entendida como crime, como infração administrativa e como dano. As diferentes instâncias são independentes: eventual absolvição do infrator na esfera penal não o exonera automaticamente do dever de reparação do dano causado (responsabilidade civil), nem tampouco das sanções administrativas (p. ex., multa, interdição das atividades, etc.). Da mesma forma, o pagamento de uma simples multa ambiental não desobriga o poluidor de reparar civilmente o dano que causou. (FIGUEIREDO, 2013, p. 173).⁷⁰

Édis Milaré (2013), por sua vez, evidencia que a tríplice responsabilização pelos danos cometidos contra o meio ambiente é “a materialização do princípio da responsabilização integral do degradador⁷¹, que o sujeita, cumulativamente, a sanções repressivas e reparatórias” (MILARÉ, 2013, p. 330). O autor apresenta um preciso exemplo, que merece ser reproduzido:

⁷⁰ A independência não é regra absoluta. Se, no processo penal, o réu for absolvido, reconhecendo-se a inexistência do fato, não poderá persistir a condenação administrativa, bem como a reparação do dano.

⁷¹ Chris Wold (2003) apresenta, além das sanções administrativas e penais impostas ao poluidor, três tipos de custos que consubstanciam o princípio do poluidor pagador (integral): “São eles os custos de prevenção, de controle e de reparação. Os custos de prevenção associam-se às medidas de prevenção dos impactos negativos decorrentes do desenvolvimento de determinada atividade econômica. Os custos envolvidos na construção de aterros sanitários especiais para adequada disposição de resíduos perigosos constituem um exemplo de custos dessa categoria, os quais podem se nitidamente alocados antes que tais resíduos venham a ser dispostos de maneira incorreta, causando dano ao meio ambiente. Os custos de controle consistem nos custos associados aos sistemas de controle e monitoramento ambiental cuja adoção é exigida como requisito para a implantação e operação de empreendimentos potencialmente poluidores como forma, e.g., de assegurar que os equipamentos industriais operem dentro de determinados padrões ambientais. Os custos dessa categoria também podem ser alocados antes da ocorrência propriamente dita da degradação do meio ambiente. Já os custos de reparação são aqueles associados à adoção de medidas de recuperação ou reabilitação ambiental. (WOLD, 2003, p. 25).”

Nesse sentido, uma contaminação do solo, por exemplo, pode deflagrar a imposição de sanções administrativas (pagamento de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), com base no art. 61, *caput*, do Dec. 65.514/2008), sanções criminais (condenação à pena de reclusão, de um a cinco anos, com base no art. 54, §2º, V, da Lei 9.605/98) e sanções civis (cumprimento de obrigações de não fazer, impondo-se a cessação da atividade poluidora; de fazer, consistente na remediação do solo, para a integral reparação do dano; ou se irreversível a contaminação, pagamento de indenização em pecúnia). (MILARÉ, 2013, p. 331).

Importante relatar que essa tríplice proteção contra os danos ambientais não é uma inovação promovida pela Constituição da República de 1988 no ordenamento jurídico brasileiro. A lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) já estabelecia essas determinações. Citem-se os artigos 9º, IX, e 15 desse diploma legal:

Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

[...]

IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental.

[...]

Art. 15. O poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente, fica sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989). (BRASIL, 1981).

Observa-se, no entanto, que, a partir de 1988⁷², foi imposta ao legislador ordinário a obrigação de normatizar o disposto constitucionalmente (art. 225, §3º). A Constituição Federal de 1988 prescreve o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e determina a aludida tríplice responsabilização. Para cumprir o preceito constitucional, imprescindível era uma lei estabelecendo as sanções administrativas e penais em caso de danos ao meio ambiente.

Além disso, outro aspecto de grande importância não olvidado pelo constituinte brasileiro foi a resposta jurídica às agressões ao meio ambiente. Essa inovação vem gizada no §3º, do artigo 225 como uma determinação particular, em que se prevê explicitamente a cominação de sanções penais e administrativas, conforme o caso, aos sujeitos (pessoas físicas ou jurídicas) que eventualmente causem lesão ao citado bem. (PRADO, 2012, p. 79).

⁷² Existiam punições administrações e penais para danos causados ao meio ambiente, como relatado anteriormente, contudo, eram fragmentárias e dispersas pelo ordenamento jurídico. Vide subtítulo 4.2.2 para maiores detalhamentos.

De tal modo, com o fim de normatizar a determinação constitucional sobre as infrações e as punições administrativas e penais lesivas ao meio ambiente, foi editada a Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

Para a plena efetividade daquela norma programática, faltava um tratamento adequado da responsabilidade penal e administrativa, espaço este hoje preenchido com a incorporação ao ordenamento jurídico da Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. (MILARÉ, 2013, p. 455).

4.2 O Direito Penal Ambiental

O meio ambiente ecologicamente equilibrado recebe a tutela do Direito Penal, pois protege o que é mais caro para a humanidade, ou seja, a vida⁷³ (em geral). Assim sendo, reclama a atenção desse ramo do direito que se preocupa⁷⁴ com os bens⁷⁵ mais importantes e fundamentais para a sociedade. É como relata Juarez Cirino dos Santos (2007):

O objetivo declarado do Direito Penal na sociedade contemporânea é a proteção de bens jurídicos, ou seja, a proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena. Os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal são selecionados por critérios políticos-criminais fundados na Constituição, documento fundamental do moderno Estado Democrático de Direito:

⁷³ Verifica-se que, se em um passado não muito distante vivia-se em um paradigma antropológico utilitarista, hoje, no entanto, pode-se observar que o modelo vigente é antropológico protecionista, ou seja, busca-se a promoção do homem sem olvidar da proteção do meio ambiente. Alguns doutrinadores, ainda, relatam que já se verifica um ecocentrismo na sociedade atual, dando, como exemplo desse novo paradigma, a exigência de alguns grupos sociais pelo direito dos animais.

⁷⁴ Interessantes são as observações e críticas de Zaffaroni e Pierangeli (2010) sobre a função social do sistema penal: “É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais alijados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal. Uma das formas mais violentas de sustentação é o sistema penal, na conformidade da comprovação dos resultados que este produz sobre as pessoas que sofrem os seus efeitos e sobre aquelas que participam nos seus segmentos estáveis. Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos frequente.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 72).

⁷⁵ Na concepção de quais bens devem ser tutelados pelo Direito Penal, devem-se sempre observar os valores estabelecidos como fundamentais pela Constituição Federal, entre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da Constituição da República): “A determinação dos valores essenciais que vão servir de parâmetro para a determinação dos bens jurídicos penais vai depender das condições sociais, econômicas e culturais, enfim, do ambiente valorativo de cada sociedade, em cada época histórica. [...] estas condições estão retratadas na Constituição Federal, a qual define quais valores são dignos de tutela penal.” (CRUZ, 2008, p. 47). Artigo interessante sobre a teoria constitucional do bem jurídico penal é escrito por Fabiano Augusto Martins Silveira em “A revisão do modelo constitucionalista de ilícito penal e a chamada orientação às consequências” (Livro Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas). Nele é observado o que o autor denomina “desqualificação pelos fatos”, ou seja, apesar do otimismo inicial com a teoria da limitação do bem jurídico penal pela Constituição, na realidade, na produção legislativa em matéria penal, tal limitação não ocorreu.

realidades ou potencialidades necessárias ou úteis para a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano – por exemplo, a vida, a integridade e saúde corporais, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a paz e a administração públicas constituem os bens jurídicos protegidos contra várias formas de lesão pelo Código Penal. Como se vê, os bens jurídicos mais importantes da vida humana individual ou coletiva são selecionados para a proteção penal. (SANTOS, 2007, p.5).

Luiz Regis Prado (2007), conceituando o Direito Penal, chega a uma percepção assemelhada no Curso de Direito Penal Brasileiro:

O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (conceito formal). Enquanto sistema normativo integra-se por normas jurídicas (mandados e proibições) que criam o injusto penal e suas respectivas consequências. De outro lado, refere-se, também, a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis a sua própria conservação e progresso (conceito material). (PRADO, 2007, p.53).

A definição dos “objetivos” do Direito Penal acima mencionada vem confirmar a percepção que a proteção do meio ambiente é, hoje, primordial para a sociedade. Apesar dessas conceituações não trazerem no seu âmago a conservação e preservação ambiental, infere-se, claramente, através de uma simples interpretação hermenêutica, a inclusão desse objetivo. Como falar de saúde e, até mesmo, de vida, sem a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado? Como ter uma vida digna sem boa qualidade do ar, da água e do solo? Como exercer as atividades cotidianas em um ambiente carregado de poluição sonora ou visual?

Ora, a vida é o fundamento de todos os direitos e a condição necessária de toda atividade humana. Dentre os bens titularizados pela pessoa humana, a vida ocupa o primeiro lugar. Nosso ordenamento constitucional protege então a vida em sua dimensão mais ampla possível, tutelando-a não só individualmente desde a concepção até a sua extinção, mas em uma concepção coletivizada, protegendo a vida saudável como um direito pertencente a todos, difusa e indistintamente considerados. (CRUZ, 2008, p. 39, grifo nosso).

Diante da importância do direito à vida digna⁷⁶ e, por isso mesmo, saudável, Ana Paula Nogueira da Cruz (2008) preconiza o imperativo de uma tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado:

⁷⁶ Princípio da dignidade humana que, nos termos de Alexandre de Moraes (2012), confere coesão aos direitos fundamentais, entre eles, o direito de se viver em meio ambiente sadio: “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser

Com efeito, já ficou registrada a importância máxima do bem ambiental no contexto jurídico pátrio. A sua estreita ligação com o exercício do direito à vida, nos termos do prescrito pela Constituição Federal, nos leva a considerar que a única forma realmente eficaz de oferecer a proteção suficiente a estes bens é a utilização da tutela penal. (CRUZ, 2008, p. 63).

De tal modo, a potencialidade dos danos ambientais, o risco de grandes catástrofes, a possibilidade de irreversibilidade da lesão solicita o auxílio do “ramo mais forte do direito”, ou seja, o Direito Penal. Édis Milaré (2013) chega à mesma conclusão:

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, “*ultima ratio* da tutela penal ambiental significa que esta é chamada a intervir, somente nos casos em que as agressões aos valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto intolerável, ou seja, objeto de intensa reprovação do corpo social”. (MILARÉ, 2013, p. 454).

Apesar da grande importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que se observa, no entanto, e não somente na área ambiental, é uma expansão desarrazoada do Direito Penal. No anseio de se buscar mais segurança, utilizam-se do Direito Penal como “uma panaceia para todos os males”. “A funcionalização do Direito Penal com vistas ao resguardo das condições necessárias para o desenvolvimento humano numa sociedade de riscos revela-se, porém, altamente nociva”. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 254). Não se quer dizer com isso que não se deva promover a proteção do meio ambiente pelo Direito Penal. O que é inconcebível é expansão do Direito Penal que não respeita seus princípios⁷⁷ mais basilares (Estado Democrático de Direito). “O Direito Penal somente deve intervir como *ultima ratio*⁷⁸ da política social, à medida que vai ser chamado a tutelar determinado bem quando as outras formas de tutela não bastarem para prevenir e reprimir as condutas a ele lesivas”. (CRUZ, 2008, p. 62).

feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”. (MORAES, 2012, p. 19, grifo nosso).

⁷⁷ Por exemplo, os princípios da legalidade, da fragmentariedade, intervenção mínima, culpabilidade, da insignificância, da adequação social.

⁷⁸ Necessidade de respeito ao princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*: “[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a preservação de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável.” (BITENCOURT, 2012, p. 52).

4.2.1 A expansão do Direito Penal

Como já mencionado em outras oportunidades, a sociedade muda constantemente. Surgem novos bens jurídicos, tanto em relação à existência física quanto por uma nova valoração, que outrora não eram sequer imaginados. Os recursos ambientais que, antes, eram abundantes, hoje, são escassos; o mercado financeiro que era incipiente, atualmente, faz parte do cotidiano, e, dificilmente, se imagina a vida atual sem os computadores e a internet. A universalização dessas novas realidades exigiu uma tutela jurídica desses novos interesses que, dependendo do grau de importância para a sociedade, demandam a proteção do Direito Penal. De tal maneira, pelo menos em parte, esses novos bens jurídicos provocaram a expansão do Direito Penal.

A verdade é que a sociedade moderna, globalizada, tão bem denominada e sintetizada por Ulrich Beck (2002) como sociedade de riscos, apresenta constante transformação. Grandes crimes são hoje orquestrados. Organizações criminosas das mais diversas naturezas e âmbitos de atuação estão praticando grandes golpes em todo o mundo. Em poucas horas vai-se de um lado ao outro do globo. Em questão de segundos grandes montantes de dinheiro são enviados para os locais mais longínquos. As empresas se tornaram definitivamente sujeito ativo e passivo de delitos. (SILVA JÚNIOR, 2006, p. 312).

Verifica-se, também, que o desenvolvimento tecnológico e científico permitiu a utilização de novos meios para a consecução de danos e, ademais, “surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos⁷⁹ e à internet (a chamada ciberdelinquência)” (SÁNCHEZ, 2002, p. 29). A evolução tecnológica, além disso, gerou outra discussão, devido à potencialidade do dano de certas atividades. Até onde seria permitido o exercício de certas condutas que poderiam trazer sérios perigos para a coletividade? A questão é até onde o risco é permitido⁸⁰ e, quando não respeitado o limite, exige a punição do infrator. “A expansão dos novos riscos, os conflitos sociais e econômicos sobre sua admissibilidade e a ausência de

⁷⁹ Como, também, verifica Délio Lins e Silva Júnior: “A informática se insere nesse contexto como uma luva, pois a criminalidade a ela atinente é nova e surge do desenvolvimento tecnológico das últimas décadas”. (SILVA JÚNIOR, 2006, p. 313).

⁸⁰ Nos termos de Paulo de Souza Queiroz: “Se permitido o risco (socialmente tolerado), não caberá à imputação; se não permitido, porém, como regra, terá lugar a imputação objetiva do tipo”. (QUEIROZ, 2001, p.134) “Para essa teoria (imputação objetiva), o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente imputado a seu autor quando sua atuação tenha criado, em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco (ou perigo) juridicamente proibido e, que tal risco se tenha materializado num resultado típico, ou seja, a imputação do tipo pressupõe que o resultado tenha sido causado pelo risco não permitido criado pelo autor”. (QUEIROZ, 2001, p. 133).

diretrizes científicas que fixem pautas de condutas seguras acarretam um sentimento de temor social” (BOTTINI, 2010, p.46).

O problema para fixação dos limites do risco vincula-se, diretamente, à dificuldade de determinação precisa da causa-efeito da lesão. A utilização por anos e anos de pesticidas, o consumo diário de algum conservante, a modificação genética dos alimentos, somente apresentarão resultados anos ou décadas mais tarde (se apresentarem resultados lesivos). Assim, pelo princípio da precaução^{81;82}, utiliza-se, com uma frequência cada vez maior, dos tipos de perigo (abstrato) para sancionar condutas, presumidamente, lesivas.

Os riscos da modernidade tardia, ainda, apresentam uma característica que facilita a expansão do Direito Penal. Os riscos são reflexivos, ou seja, podem atingir a todos, inclusive os seus produtores. Os riscos não se limitam a atingir somente as parcelas menos favorecidas da população. Os riscos são universais e atingem, inclusive, as classes abastadas. Sem o conhecido “efeito bumerangue⁸³”, a expansão penal seria, com certeza, mais lenta, devido à resistência das classes dominantes que, geralmente, são as maiores beneficiadas com a produção dos riscos.

No entanto, esta dicotomia, que refletiria um conflito de classes sociais, não se verifica na organização social atual. O efeito bumerangue dos riscos coloca em cheque a unidade dos setores industriais e fragmenta o discurso contrário ao controle de atividades potencialmente perigosas. Assim, reflexividade [sic] dos riscos é mais um fator de estímulo à expansão do direito penal no contexto da sociedade de risco. (BOTTINI, 2010, p. 89).

Observa-se, ainda, na sociedade atual, uma profunda conexão⁸⁴ entre as pessoas. Em uma medida cada vez maior, os indivíduos encontram-se ligados. Essa vinculação constante exige que, para a proteção de um bem jurídico de uma pessoa, imponha-se um

⁸¹Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.” (NAÇÕES UNIDAS, 1992).

⁸²Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2011) criticam, veementemente, a adoção do Direito Penal como instrumento de prevenção ou utilidade social: “Todavia, cabe ponderar que a ideia de eficácia na prevenção não pode ser o fim primordial da política jurídica de um Estado Democrático de Direito, devendo sua consecução encontrar limite infranqueável nos princípios de garantia. Ademais, o emprego – legítimo – da sanção penal exige mais que a mera satisfação de fins de utilidade social ou prevenção. [...] o certo é que a tendência que propugna por uma dogmática penal orientada a fins eminentemente preventivos padece da falta de limites claros à sua atuação.” (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 260).

⁸³ Vide capítulo 2.

⁸⁴Silva Sánchez (2002) faz uma observação interessante: “[...] não deixa de ser intranquilizador o manifesto paradoxo de que o incremento da interdependência social tenha lugar no contexto de uma sociedade de massas na qual se experimenta uma ‘dessolidarização’ estrutural, com o patente retorno ao privado segundo critérios de interesse individual”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 35).

comportamento à outra. De tal maneira, para a proteção desses bens jurídicos, necessário é uma expansão dos crimes de comissão por omissão.

As esferas individuais de organização já não são mais autônomas; produzem-se, de modo continuado, fenômenos – recíprocos – de transferência e assunção de funções de proteção de esferas alheias. Em Direito Penal, isso implica na tendência de exasperação dos delitos de comissão por omissão que incide diretamente em sua reconstrução técnico-jurídica. (SÁNCHEZ, 2002, p. 31).

Paulo Silva Fernandes (2001) corrobora a observação feita por Silva Sánchez ao analisar concatenação dos indivíduos na sociedade pós-moderna:

A tornar o panorama ainda mais preocupante, deve ter-se em conta que, quando a ocasionação [sic] de riscos é atribuída a decisões tomadas, estas, por vezes, levam ao tomar de novas decisões, as quais, por seu turno envolvem ainda tomada de outras, como que a fazer lembrar uma ramificação ou bifurcação de decisões que, de per si, podem, também elas, comportar riscos. (FERNANDES, 2001, p. 50).

Um fator importante para determinação da expansão do Direito Penal consiste na identificação da maioria das pessoas como vítimas dos delitos. Os indivíduos se reconhecem muito mais como vítimas das condutas do que como possíveis autores⁸⁵. Como existe uma maior possibilidade de sofrer o resultado da conduta do que de praticá-la, exige-se a punição, geralmente, severa. Há uma mudança de perspectiva sobre o Direito Penal com essa identificação. O Direito Penal deixa de ser visto como um instrumento de defesa do cidadão contra o arbítrio estatal e passa a ser visualizado como “Magna Charta⁸⁶ do delincente”. Por esse viés, o Código Penal deixa de ser identificado como uma garantia do cidadão contra a coação do Estado, para ser reconhecido como uma garantia dos infratores.

Assim, com a “Magna Charta” do delincente inverte-se a lógica do sistema. Princípios fundamentais de defesa do cidadão como a estrita legalidade (e a interpretação restritiva), a presunção de inocência, a analogia *in bonam partem* são considerados benefícios injustificáveis que somente beneficiariam o infrator. Consequentemente, justificado por um combate à criminalidade, haveria a possibilidade de uma interpretação extensiva do tipo penal, uma analogia *in malam partem*, *in dubio pro societate*, etc. A expansão do Direito Penal dar-se-ia, não com incremento de novos tipos penais, mas por uma mudança de ótica sobre o Direito Penal e com a flexibilização das garantias.

⁸⁵ Guarda certa similitude com o Direito penal do inimigo (GüntherJakobs).

⁸⁶ Expressão usada por Silva Sánchez (2002) em seu livro “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”.

Deve ser observado, também, o que é inegável, que a sociedade de risco gera insegurança em todos os indivíduos, no entanto, percebe-se que, em repetidas vezes, ocorre uma potencialização desse sentimento. A sociedade globalizada, a comunicação instantânea, os meios de comunicação midiáticos, o desencontro entre informações, intensificam a sensação de risco. “A vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. Expressando de outro modo, existe uma elevadíssima sensibilidade ao risco”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 37) Essa elevação da insegurança transforma-se em pretensão social, demandado uma atuação estatal, no mais das vezes, um endurecimento penal e, novamente, uma flexibilização de garantias.

Esta preocupação decorre da já aqui muito badalada “fuga” para o Direito Penal, fruto do aumento da insegurança e do medo. Aquele é tido por muitos, dada à natureza e o âmbito da panóplia de sanções ao seu dispor, como o garante *par excellence* (do repor) da segurança. Aí o legislador penal deverá resistir aos apelos de sobre-criminalização que de todos os sectores (população, classe política, mídia, etc.) se fazem sentir. (FERNANDES, 2001, p. 75).

Mário Luís Lúrio Cipriani (2006) chega à conclusão semelhante ao analisar os temores da sociedade atual:

Todavia, os medos da sociedade ocorrem por diversos fatores. Pretende-se com isso esclarecer que os índices de criminalidade contribuem, mas não sozinhos, para a insegurança sentida, e que, nessa condição, clama por radicais atitudes, normalmente de natureza agressivamente penal. (CIPRIANI, 2006, p. 455).

Felipe Martins Pinto (2012), em seu livro *Introdução Crítica ao Processo Penal*, ao analisar a Lei nº 9.034/95 (crime organizado), critica, veementemente, a flexibilização das garantias individuais em prol da segurança:

Incrementam o rigor legal, majoram penas, tipificam mais condutas, excepcionam garantias individuais e na exata medida em que acirram os punhos para aplicar punições duras, os criminosos escorrem por entre os dedos da estrutura punitiva do Estado que se torna cada vez mais seletiva, uma vez que, via de regra, somente a pessoa sem estrutura sócio-econômica-financeira sucumbe ao *jus puniendi* e a sociedade envolvida em um ciclo vicioso, testemunha reiteradas operações de encrudescimento do sistema punitivo e correspondente perda de efetividade e de legitimidade. (PINTO, 2012, p. 73).

Outro fator que promoveu a expansão do Direito Penal, de acordo Silva Sánchez (2002), seria a descrença em outras instâncias de proteção. Silva Sánchez alega que a crise de valores, na sociedade pós-moderna, onde se perdeu o referencial do bom e do mau, onde os valores econômicos sobrepõem-se aos demais, por meio de um individualismo e de um

egoísmo, faz crer que uma consciência ética não é suficiente para a proteção dos bens jurídicos. Para o mesmo pensador, o Direito Civil, apesar de sua significativa importância na imposição da reparação do dano, inclusive moral, também não se mostra o mais adequado para estabelecer condutas e impor sanções. E, por fim, Silva Sánchez menciona, inclusive, o descrédito do Direito Administrativo devido a uma burocratização e corrupção⁸⁷, constantemente, presentes. De tal modo, a sociedade insegura enxerga, apenas, o Direito Penal como o único instituto capaz de promover a proteção dos bens jurídicos. (SÁNCHEZ, 2002).

Pierpaolo Bottini (2010) corrobora o pensamento de Silva Sánchez ao relatar a descrença da população nos valores éticos, no Direito Civil e no Direito Administrativo para a proteção dos bens jurídicos:

O clamor por uma atuação mais extensa do Direito Penal, especificamente, decorre da aparente incapacidade de atuação de outros meio de controle social. Os referenciais éticos perdem sua força na sociedade de risco [...] O mesmo descrédito que afeta os referenciais éticos existe para outros mecanismos de controle social. O Direito Civil, aparentemente, não dispõe de instrumentos adequados para inibir a criação de riscos. O máximo que pode fazer é atuar para reparar os danos causados pela concretização do perigo [...] O Direito Administrativo, por sua vez, também não satisfaz as expectativas de inibição de atividades arriscadas. Seja pela ausência de estrutura adequada do Estado para identificar condutas ilícitas, por meio de uma ação fiscal ou policial preventiva, seja pela baixa capacidade de intimidação decorrente das sanções estabelecidas. (BOTTINI, 2010, p. 90-91).

Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2011) reconhecem essa tendência de uma desconfiança dos outros ramos do Direito, exigindo-se, cada vez mais, uma tutela penal dos bens jurídicos, e criticam tal posicionamento:

Constata-se que parece existir uma séria desconfiança nas respostas emanadas de outros ramos do Direito. Ocorre que o descrédito que acomete a imposição de sanções extrapenais terminará por afetar o próprio Direito Penal, já que os problemas estruturais e os defeitos operacionais que estão na gênese daquelas não são exclusividade dos demais ramos do ordenamento jurídico. A crise identificada na tutela extrapenal de bens jurídicos transindividuais não justifica a opção por uma política criminal marcadamente intervencionista. Em lugar de solucionar os problemas que inviabilizam uma proteção extrapenal eficaz do ambiente, por exemplo, o mais fácil parece ser valer-se do arsenal punitivo como meio – simbólico – de responder às pressões sociais. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 262).

⁸⁷ Definitivamente os argumentos apresentados para a exclusão do Direito Administrativo fazem presumir que toda administração pública é burocrática e corrupta. Essa generalização é inaceitável. A burocracia e a corrupção podem estar presentes em todos os setores, inclusive no Judiciário. De tal forma, não se pode utilizar o Direito Penal também.

Não se pode olvidar, também, que os principais atores na produção de riscos e, conseqüentemente, causadores da insegurança geral da sociedade, são as pessoas jurídicas. As grandes firmas, os conglomerados de empresas, por meio de suas atividades produtivas geram preocupações em todas as pessoas. As grandes indústrias são, especialmente, responsáveis pelo lançamento de enormes quantidades de produtos tóxicos no ar e na água; as empresas farmacêuticas e agropecuárias, as principais financiadoras das pesquisas sobre manipulação genética; e o próprio Estado um fomentador da energia nuclear. O potencial de seus danos é imensurável em comparação com o do cidadão comum. “Em geral os mais graves crimes contra o meio ambiente são cometidos por meio das empresas, seja por elas próprias, seja utilizando-as como instrumento. Isso se dá porque o potencial poluidor de uma empresa é seguramente maior do que o de uma pessoa física isolada”. (CRUZ, 2008, p. 223) A simples punição administrativa e a recomposição do dano não eram suficientes para atender os anseios de segurança. Deseja-se um maior rigor nas sanções aplicadas às pessoas jurídicas, sendo exigida sua responsabilização penal. O Direito Penal, assim, se expande não somente para responsabilizar as pessoas físicas, mas também, abrangendo, a punição dos entes coletivos⁸⁸.

Por diversos autores, sin embargo, se há puesto de relieve que si bien no cabe renunciar a la responsabilidad de las personas físicas por el delito cometido em el curso de la actuación para una empresa, ello es insuficiente para una lucha eficaz contra la criminalidad económica, por lo que político criminalmente es preciso introducir, además, la responsabilidad penal de la propia empresa que, al menos, tiene que complementar a la de las personas físicas y, también, suplirlas carências de éstas, sobre todo em los casos en que, em razón de las características ya examinadas antes, no es posible identificar um autor responsable⁸⁹. (MARTÍN, 2011, p. 108).

Diante dessas observações, Délio Lins e Silva Júnior (2006), ao analisar os crimes informáticos, faz uma observação sobre a expansão do Direito Penal que resume bem a questão:

Por outro lado, é certo que no Direito Penal moderno encontram-se sedimentados princípios como os da fragmentariedade e da intervenção mínima, sendo consolidada a ideia de que só deve mesmo atuar em *ultima ratio*, o que nos leva a concluir com Reyna Alfaro (2003, p.98) que sua expansão deve se manter dentro do razoável, o que no nosso entender passa por achar o ponto de equilíbrio entre criar condições para que o Direito Penal efetivamente puna quem deva ser punido e o excesso legislativo para tanto. Em outras palavras, deve-se legislar de forma

⁸⁸ Esse tema será tratado mais à frente com maiores detalhes.

⁸⁹ Em vários autores, no entanto, se verifica que, embora não deva abdicar da responsabilidade dos indivíduos na prática do crime no exercício da função na empresa, é insuficiente para uma criminalidade econômica e, por isso é necessário introduzir a pessoa jurídica na responsabilidade penal, se não sozinha, pelo menos, em coautoria com as pessoas singulares. Busca-se, com isso, atender as características desses delitos. (tradução nossa).

responsável e correta de modo que possam ser devidamente aplicadas as leis. (SILVA JÚNIOR, 2006, p. 313).

Por fim, todos esses fatores que provocaram a expansão do Direito Penal, atualmente, o afastam do Direito Penal tradicional. O aumento desarrazoado de tipos penais, a utilização indiscriminada de tipos de perigo abstrato, a falta de complementação precisa de normas penais em branco, a responsabilização penal da pessoa jurídica, enfim, a flexibilização de garantias, constituem modificações inaceitáveis ao Direito Penal tradicional e não se coadunam com os postulados de um Estado Democrático de Direito. A Lei nº 9.605/98, em alguns pontos, é um exemplo dessa expansão do Direito Penal como a seguir será analisado.

Constata-se que a flexibilização das estruturas e dos princípios inerentes ao Estado de Direito defendida por um Direito Penal simbólico orientado pela ideia de prevenção termina por mostrar-se ineficaz e contraproducente em razão de sua apocada legitimidade constitucional. O pretendido distanciamento das categorias tradicionais de imputação jurídico-penal e o abandono do princípio da culpabilidade em nome de exigências político-criminais de celeridade e eficácia figuram fatores propulsores da crescente crise enfrentada pelo Direito Penal moderno. A adaptação das categorias do delito às demandas de uma sociedade de riscos, acompanhada por uma preocupação acentuada com os fins utilitários das consequências penais, termina por acarretar uma gradativa erosão das estruturas de um Direito Penal garantista. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 253).

4.2.2 A Lei nº 9.605/98 (*Lei dos Crimes Ambientais*)⁹⁰

No âmbito das infrações penais e administrativas, a disposição constitucional estabelecida no art. 225, §3º, foi normatizada com a promulgação da Lei nº 9.605/98⁹¹, em 12 de fevereiro de 1998, conhecida como “Lei dos Crimes Ambientais”. Nesse diploma legal, constituído de oitenta e dois artigos, distribuídos em oito capítulos, são estabelecidos os ilícitos contra o meio ambiente e, também, as sanções penais e administrativas correspondentes. A lei, além de atender ao imperativo constitucional, objetiva superar as

⁹⁰ A Lei dos Crimes Ambientais é um exemplo, por Jorge de Figueiredo Dias (2006), Direito Penal Secundário: “De um ponto de vista jurídico-formal, direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de caráter administrativo”. (DIAS, 2006, p. 27).

⁹¹ Luiz Regis Prado (2012) critica a proteção penal do meio ambiente por uma legislação extravagante. “Em rigor, é preciso reconhecer que as leis especiais somente devem ser utilizadas para as infrações de apocada gravidade ou em casos excepcionais e restritos”, (PRADO, 2012, p. 85). O Anteprojeto de Código Penal, no relatório final de 18 de junho de 2012, em consonância com essa crítica, estabelece o Título XIV os crimes contra os interesses metaindividuais. (BRASIL, 2012). Manifesta pensamento contrário Paulo José da Costa Júnior: “razões de harmonia relativa aos princípios sistemáticos que regem os Códigos, a necessidade de atingir formas mais amplas de responsabilidade e de aplicar sanções apropriadas, aconselham, na maioria dos casos, situar os crimes ecológicos no âmbito de uma legislação penal especial”. (COSTA JUNIOR, 1996, p. 42).

legislações dispersas, unificando e harmonizando o tratamento penal concedido à proteção ao meio ambiente, por meio de sanções a condutas prejudiciais aos seus elementos.

As leis criminais ambientais brasileiras pretéritas, em parte vigorantes – legislação de tipo mosaico – constituíam-se em verdadeira catástrofe, [...] excessivamente prolixas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores – técnico-científicos – que regem o Direito Penal moderno. (PRADO, 2012, p. 163).

Corroborando essa percepção, Paulo Affonso Machado (2010) constata que a referida lei procurou sistematizar a responsabilização penal e administrativa ambiental, conforme se depreende do seu projeto enviado ao Executivo em 1991:

A Lei nº 9.605, de 12.2.1998, lei nasceu de projeto enviado pelo Poder Executivo Federal. A Exposição de Motivos 42 é de 22 de abril de 1991, do Secretário do Meio Ambiente. Inicialmente, o projeto tinha o objetivo de sistematizar as penalidades administrativas e unificar os valores das multas. Após amplo debate no Congresso Nacional, optou-se pela tentativa de consolidar a legislação relativa ao meio ambiente no que diz respeito à matéria penal. (MACHADO, 2010, p. 737).

Verifica-se, assim, que, no direito pátrio, a Lei nº 9.605/98 seria o “Código Penal do Ambiente”. Encontram-se nesse diploma normas para a aplicação da pena, para a apreensão do produto e do instrumento do crime e, principalmente, a tipificação dos crimes contra a fauna, a flora, o ordenamento urbano, o patrimônio cultural e de poluição.⁹² Como em seu texto encontram-se disposições específicas referentes à proteção penal do meio ambiente, deve ser respeitado, obrigatoriamente, o princípio da especialidade, ou seja, o Código Penal e o Código Processual Penal são aplicados, apenas, subsidiariamente a esse texto legal. Enfim, suas determinações prevalecem sobre as normas penais gerais no caso de antinomia. “Em geral, também as leis especiais descrevem tipos especiais em face do próprio Código Penal, por isso que preferem, ordinariamente, a este último”. (QUEIROZ, 2001, p. 43).

A Lei nº 9.605/98⁹³, entretanto, possui especificidades⁹⁴⁹⁵ que a destacam dentro da dogmática penal. Utiliza-se, em muitos momentos, da técnica legislativa definida como norma

⁹² A Lei nº 9.605/98, também, versa sobre Processo Penal e as infrações administrativas.

⁹³ A regra da responsabilidade objetiva pelos danos cometidos contra o meio ambiente, estabelecida pela Lei nº 6.938/81, não se aplica aos delitos da Lei nº 9.605/98. “A interpretação das normas penais desta lei deve obediência, evidentemente, aos princípios basilares do Direito Penal. E não há que cogitar da aplicação da regra da responsabilidade sem culpa (válida para os aspectos cíveis do Direito Ambiental) no campo penal.” (FIGUEIREDO, 2013, p. 179). Já as sanções administrativas, excluindo-se a multa, irão utilizar o critério da responsabilidade sem culpa (questão ainda controversa): “Das 10 sanções previstas no art.72 da Lei nº 9.605/98 (incisos I a XI), somente a multa simples utilizará o critério da responsabilidade com culpa; e as outras nove

penal em branco, tipifica vários crimes de perigo e estabelece a inovação da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essas peculiaridades da Lei n° 9.605/98, por não respeitarem, em alguns pontos, os princípios do Direito Penal Clássico, provocaram, e, ainda, provocam, calorosas discussões tanto na teoria quanto na prática.

4.2.2.1 A lei penal ambiental e as normas penais em branco

A Lei n° 9.605/98, em diversos artigos, ao tipificar as condutas lesivas ao meio ambiente, utiliza-se da técnica conhecida como norma penal em branco. De forma sintética Zaffaroni e Pierangeli definem a lei penal em branco: “chamam-se ‘leis penais em branco’ as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material)”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 388).

As normas penais em branco⁹⁶ são aquelas que, para a perfeita compreensão de seu preceito primário⁹⁷, exigem uma complementação. O preceito primário (*preceptum juris*), via de regra, faz a descrição detalhada e precisa da conduta que se deseja proibir ou impor, entretanto, nas normas penais em branco existe uma necessidade de integralização⁹⁸, que advém de outro diploma. Somente com essa complementação pode-se inferir o alcance/limite da proibição ou imposição determinada pelo preceito primário. Tendo como referência essa particularidade, Francisco de Assis Toledo (2002), também, define as normas penais em branco: “Denominam-se normas penais em branco aquelas que estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta

sanções, inclusive a multa diária, irão utilizar o critério da responsabilidade sem culpa ou objetiva, continuando a seguir o sistema da Lei n° 6.938/81, onde não há necessidade de serem aferidos o dolo e a negligência do infrator submetido ao processo.” (MACHADO, 2010, p. 331).

⁹⁴ Como observa Paulo Affonso Leme Machado (2010): “A Lei n°9.605/98 tem como inovações marcantes a não utilização do encarceramento como norma geral para as pessoas físicas criminosas, a responsabilização penal das pessoas jurídicas e a valorização da intervenção da Administração Pública, através de autorizações, licenças e permissões”. (MACHADO, 2010, p. 738).

⁹⁵ Jorge de Figueiredo Dias (2006), apesar de reconhecer a necessidade da utilização das normas penais em branco, de conceitos normativos e dos crimes de perigo no Direito Penal Secundário, faz a seguinte observação: “Sem ter a pretensão de eliminar os conceitos normativos e indeterminados, as cláusulas em branco e as fórmulas gerais de valor, devem estes elementos ser reduzidos ao mínimo; quanto aos delitos de perigo abstrato, devem eles ser substituídos, na medida do possível, por delitos de perigo concreto (ou, ao menos, abstrato-concreto), ou por delitos de desobediência às ordens e prescrições das entidades administrativas competentes para autorizar e fiscalizar certas atividades”. (DIAS, 2006, p. 69).

⁹⁶ É comum, na doutrina, a divisão das normas penais em branco em homogêneas (complementação provém da mesma fonte legislativa) e heterogêneas (complementação oriunda de fonte diversa).

⁹⁷ “Em verdade, nestas leis, o preceito não está ausente, ele se contém na ordem de observância à disposição complementar a que se reporta a própria norma”. (LOPES, 2005, p. 44).

⁹⁸ Bitencourt define como normas de conteúdo incompleto: “Trata-se, na realidade, de normas de conteúdo incompleto, vago, impreciso, também denominadas normas imperfeitas, por dependerem de complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, regulamento, portaria, resolução, etc.), para concluir a descrição da conduta proibida”. (BITENCOURT, 2012, p. 199).

proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas.” (TOLEDO, 2002, p. 42).

A técnica- legislativa da norma penal em branco é utilizada em diversos tipos penais de proteção ambiental. “Em matéria de proteção do meio ambiente tem-se utilizado, com frequência, a técnica legislativa denominada norma penal em branco [...]” (MILARÉ, 2013, p. 461). É da essência do Direito Ambiental a alteração de parâmetros para a constatação de alguns danos ambientais. Por exemplo, uma espécie pode estar em extinção hoje e pode não estar mais daqui a dois anos; uma substância ou um produto que não eram considerados tóxicos podem, depois de algumas pesquisas, ser, etc. “No que se refere à legislação penal ambiental, tal prática decorre do caráter complexo, técnico e multidisciplinar das questões relativas ao meio ambiente e a sua estreita relação com a legislação administrativa”. (MILARÉ, 2013, p. 461) A técnica-legislativa da norma penal em branco permite, assim, por meio de atos “legislativos” mais simples e céleres, uma maior maleabilidade que, em alguns casos, são extremamente importantes para a proteção do meio ambiente.

Um exemplo de um crime que se utiliza da técnica-legislativa da norma penal em branco é o art. 56 da Lei nº 9.605/98. Para sua integralização, necessita-se de outro diploma estabelecendo quais são as exigências:

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos. (BRASIL, 1998).

Para compreender o real alcance do art. 56 da Lei nº 9.605/98, é imprescindível conhecer as exigências estabelecidos em leis ou regulamentos. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente somente constitui crime se tiverem sido desrespeitadas as determinações da lei ou dos regulamentos. O preceito primário somente se aperfeiçoa conhecendo essas imposições.

A objeção que, geralmente, se faz, ao uso constante e impreciso das normas penais em branco é a afronta ao princípio da legalidade ou reserva legal. Devido à gravidade da sanção penal e, conseqüentemente, para uma maior segurança jurídica, exige-se que a imposição ou proibição de condutas seja feita por lei⁹⁹ (em sentido estrito). “O preceito deve fixar com transparência os precisos limites – marco penal- de sua integração por outro

⁹⁹ Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (BRASIL, 1988).

diploma. Isso porque o caráter delitivo da conduta só pode se delimitado pelo poder competente, em razão da reserva absoluta de lei”. (PRADO, 2012, p. 89). Observa-se, contudo, que nem sempre o legislador tem o devido cuidado para estabelecer, precisamente, o marco penal da integração da norma e, o que também é muito grave, permite uma complementação desarrazoada pelo outro diploma legal. A certeza da conduta proibida ou imposta por meio de uma lei transparente é uma das garantias mais basilares do cidadão contra o arbítrio estatal¹⁰⁰.

Entretanto, o Estado poderia iludir semelhante garantia constitucional por meio da edição de leis penais de conteúdo impreciso, vago, obscuro ou singularmente amplo, como ocorreu, e.g., na Alemanha nazista, em que determinada lei previa a punição de “quem atente contra a ordem jurídica ou atue contra o interesse das Forças Aliadas”, bem assim diversas das disposições da recente Lei de Crimes Ambientais (9.605/98), por exemplo. Materialmente, por isso, o princípio da reserva legal implica a máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo, na elaboração das leis, que redija tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como o Judiciário que as interprete restritivamente, de modo a preservar a efetividade do princípio. (QUEIROZ, 2001, p. 23, grifo nosso).

Jorge de Figueiredo Dias (2006), entretanto, não reconhece uma determinante inconstitucionalidade nas normas penais em branco. No âmbito do Direito Penal Secundário (como no caso dos crimes contra o meio ambiente), não existe um relação necessária entre as normas penais em branco e o desrespeito ao princípio da legalidade.

Um problema particular de determinabilidade do tipo é posto pela elevada frequência com se depara, no âmbito do direito penal secundário, com normas penais em branco – com a sua típica cisão entre a norma de comportamento (cujo conteúdo vai buscar-se a outras leis ou mesmo a ordenamentos não penais) e a ameaça penal. Não parece justificar-se, porém, que desta circunstância se deduza logo a inconstitucionalidade daquelas normas, uma vez que nada na Constituição obriga à conexão, na mesma lei ou no mesmo preceito legal, da conduta proibida com a pena que lhe corresponde. [...] Parece razoavelmente seguro, em todo caso, que a exigência de lei formal haja de radicar na norma penal sancionatória, mas não também necessariamente no acto de fundamentação constitutiva da punibilidade: quanto a este, bastará que ele seja válido por ter tido lugar em virtude de uma autorização legal. (DIAS, 2006, p. 53).

¹⁰⁰ Em sentido contrário, Shecaira (1999) observa, após exigir critérios para a utilização dos tipos penais abertos e das normas penais em branco: “Em nosso entender, salvo em casos extremos – e que devem ser analisados com parcimônia –, a utilização de tipos abertos fere a própria segurança dos cidadãos. A utilização de cláusulas gerais e de conceitos carecedores de conteúdo valorativo traz consigo o perigo da indeterninação e pode lesar o princípio da legalidade. [...] Usadas com a devida parcimônia – e dentro daquelas especificidades por nós discutidas – constituir-se-ão em medidas profícuas de política criminal, não apresentando, em nosso entender, qualquer ameaça ao espírito hoje imperante de direito penal mínimo, característico do Estado Democrático de Direito”. (SHECAIRA, 1999, p. 142).

4.2.2.2 A lei penal ambiental e crimes de perigo¹⁰¹

Outro recurso que se verifica da análise da Lei n° 9.605/98 é a utilização de diversos crimes de perigo. É uma característica do Direito Ambiental prevenir os danos ao meio ambiente, ou seja, busca-se, de todas as maneiras, evitar que os danos se efetivem. Desta forma, constituem princípios informadores do Direito Ambiental, o princípio da prevenção e o da precaução¹⁰². A regra é não deixar o dano se consumir, agindo antecipadamente.

É, no entanto, ao nível do fato que se depararão mais numerosas especialidades dos tipos-incriminadores no direito penal secundário. Constitui este um campo fértil de delitos de perigo abstrato, dada por um lado a natureza supra-individual dos bens jurídicos protegidos e, por outro lado, a vontade do legislador de criar para eles um “campo de proteção antecipada” (DIAS, 2006, p. 56).

O Direito Penal, por sua vez, tem com princípio informador, o princípio da lesividade¹⁰³. Esse princípio¹⁰⁴ estabelece que as proibições penais somente se legitimam quando as condutas vedadas afetam seriamente bens jurídicos. Assim, preponderam, no Direito Penal, os crimes de lesão ou dano. Excepcionalmente, entretanto, algumas condutas, por uma valoração de seu alto potencial de consumação em dano, acabam sendo tipificadas. Francisco Assis de Toledo (2002) define essas modalidades de crime:

Os primeiros¹⁰⁵ causam lesão efetiva, os últimos conduzem uma potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto, que o legislador deseja cortar no nascedouro. Estes – os de perigo – se subdividem em crimes de perigo concreto e em crimes de perigo abstrato ou presumido. Nos de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável. Nos de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão [...]. (TOLEDO, 2002, p. 143).

¹⁰¹ “No direito penal moderno, a punibilidade da conduta não decorre da pura e simples causação do resultado. Pode até haver uma lesão ao bem jurídico e nem assim considerar-se violado o preceito que o protege, se não ocorrer o desvalor da ação, como, também, pode não chegar a ocorrer o dano e o preceito ser havido como violado pela situação de perigo a que foi exposto o bem jurídico, em virtude da atuação do agente.”. (LOPES, 2005, p. 42).

¹⁰² Apesar de alguns doutrinadores usarem como termos sinônimos precaução e prevenção, verifica-se distinção entre ambos: “O princípio da prevenção se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. O princípio da precaução é a garantia contra riscos potenciais que, de acordo com estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados”. (THOMÉ, 2013, p. 90).

¹⁰³ Cezar Roberto Bitencourt (2012) prefere a expressão princípio da ofensividade.

¹⁰⁴ Segundo o princípio da lesividade (*nullum crimen sine injuria*), somente podem ser erigidos à categoria de criminosos comportamentos lesivos de bem jurídico alheio (por isso também conhecido como princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos), público (difuso ou coletivo) ou particular, entendendo-se como tal os pressupostos existenciais e instrumentais de que a pessoa necessita para a sua autor realização na vida social, não comportando a criminalização de condutas que não ofendam, seriamente, bem jurídico determinado ou que apresentem apenas má disposição de interesse próprio, como automutilação, suicídio tentado ou dano à coisa própria. (QUEIROZ, 2001, p. 36).

¹⁰⁵ Crimes de lesão ou dano.

De tal maneira, nos casos de crime de perigo, tanto concreto quanto abstrato¹⁰⁶, não existe (para a configuração do delito) a lesão ou dano. Basta tão somente a conduta que, nos casos dos crimes de perigo concreto, exigem, efetivamente, ter sido colocado o bem jurídico em situação de perigo, sendo que os crimes de perigo abstrato não impõem essa situação real de risco ao bem jurídico.

Conseqüentemente, para a proteção do meio ambiente, no desejo de promover a prevenção e a precaução dos danos, procura-se evitar, ao máximo, a ocorrência da lesão, não pela tipificação que exige um resultado material, mas, sim, por tipificar condutas que podem levar a lesão. “Nestes contextos, o que importa é evitar ou controlar as condutas e não reprimir os resultados. Não interessa ao gestor de riscos atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis”. (BOTTINI, 2010, p. 120).

De tal maneira, ao objetivar uma “tutela antecipada frente aos danos”, a Lei nº 9.605/98 tipifica várias condutas de perigo. Seriam exemplos desses delitos de perigo, o art. 51 (abstrato) e o art. 56 (concreto) desse diploma legal:

Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente.

[...]

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos. (BRASIL, 1998, grifo nosso).

O art. 51 da Lei nº 9.605/98 tipifica como crime o comércio e a utilização de motosserra sem o registro ou a licença da autoridade competente (IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis). Procura-se, desse modo, resguardar o patrimônio florestal do uso indevido de motosserras. A conduta de comercializar, todavia, não lesa e não expõe, diretamente e efetivamente, o bem jurídico que se deseja proteger. Existe, na verdade, uma “suposição” de que aqueles que adquirem motosserras irão promover o desmatamento (especialmente ilegal). De tal forma, reprime-se a conduta, antes mesmo da ocorrência da lesão e, ademais, antes mesmo de a conduta colocar o bem jurídico em efetivo perigo. Constata-se que o perigo é abstrato. Como bem salienta Pierpaolo Bottini:

¹⁰⁶ A doutrina utiliza como sinônimos de crime de perigo abstrato: “Figuram como crimes de periculosidade, de perigo presumido, de perigo hipotético, de perigo implícito”. (BOTTINI, 2010, p. 115).

“O núcleo do injusto penal é a conduta praticada, o desvalor reside na ação e não no resultado, dispensado para a configuração formal do ilícito”. (BOTTINI, 2010, p. 115).

Por sua vez, o art. 56 da Lei nº 9.605/98 criminaliza a conduta de produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos. Objetiva-se, com essa proibição, proteger o ambiente e, também, a saúde dos indivíduos. Para a existência do crime, não se exige nenhum resultado naturalístico, suficiente é praticar uma das condutas enumeradas sem observar as regras estabelecidas, entretanto, o produto ou a substância deve ser perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente. Necessariamente, frente ao caso real, imprescindível é a situação de perigo ou nociva. Sem essa circunstância concreta o crime não se aperfeiçoa. São, justamente, denominados delitos de perigo concreto porque de fato e comprovadamente a situação perigosa deve acontecer.

Como se podem observar nesses exemplos, os crimes de perigo (abstrato e concreto) antecedem a ocorrência da lesão e não exigem sua ocorrência. Como já relatado, adaptam-se perfeitamente para a proteção do meio ambiente, todavia não deixam de constituir uma espécie de exceção ao princípio penal da lesividade/ofensividade. Diversos doutrinadores questionam a validade desses delitos, principalmente, os crimes de perigo abstrato^{107;108}. Cezar Roberto Bitencourt (2012), assim, leciona sobre essa a questão da utilização dos delitos de perigo abstrato:

O perigo abstrato pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nesses termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa. Ocorre que este entendimento contraria o princípio de ofensividade. Se o legislador penal pretende admitir a existência de crimes de perigo abstrato, é necessário ajustar, com a maior precisão possível, o âmbito da conduta punível [...], com o fim de evitar uma expansão desmedida do Direito Penal. (BITENCOURT, 2012, p. 274).

¹⁰⁷ “Trata-se de forma indireta de presunção absoluta, ficando dificultado o exercício da possibilidade de o agente exonerar-se da responsabilidade penal naqueles casos em que não existiu o perigo, implicando numa afetação radical do direito de defesa”. (SHECAIRA, 1999, p. 139).

¹⁰⁸ Jorge Figueiredo Dias (2006), observando a dificuldade de promover o Direito Penal Secundário (crimes ambientais), apenas pelos crimes de dano e perigo concreto, apresenta uma solução que merece ser reproduzida: “Só raramente sendo viável a sua definição como delitos de dano, e para além dos casos em que se torne possível a sua configuração como delitos de perigo concreto, ou abstrato-concreto, resta um caminho particularmente adequado a um largo catálogo de hipóteses: a criação de delitos e desobediência às entidades administrativas encarregadas de fiscalizar certas atividades e de para tanto conceder autorizações ou impor proibições. Não se tratará aqui de delitos de perigo abstrato, mas de delitos que protegem ou promovem imediatamente, se bem que só de forma derivada ou translata, bens jurídicos sociais. Punível será, pois, todo aquele que, no exercício da sua atividade, desobedeça às exigências e prescrições que lhe sejam dirigidas validamente – e ainda que só individualmente – pela instância de tutela competente, ou aos condicionamentos ou proibições que por tal instância sejam postos ao exercício da sua atividade”. (DIAS, 2006, p. 57).

Pierpaolo Bottini (2010) faz uma análise crítica dos crimes de perigo abstrato que merece ser mencionada:

A utilização dos tipos de perigo abstrato para reforçar as regras de precaução é problemática diante de um sistema funcional que estrutura o injusto penal na periculosidade da conduta, verificada pelos elementos ontológicos e nomológicos. A materialidade dos tipos de precaução não é evidente e sua aplicação aproxima-se da compreensão dos crimes de perigo abstrato como crimes formais, cuja simples prática da ação descrita na lei acarreta a tipicidade, pois não há, nestas hipóteses, conhecimento científico ou estatístico suficiente sobre os riscos envolvidos, o que impede a constatação da periculosidade do comportamento, mesmo sob uma ótica *ex ante*. (BOTTINI, 2010, p. 299).

Sérgio Salomão Shecaira (1999), por sua vez, destaca que, num contexto de um Direito Penal Mínimo, respeitador do Estado Democrático de Direito, a lei não deve presumir situações de perigo como algo concernente à conduta. Necessária é a lesividade/ofensividade, ou pelo menos um perigo concreto, a um bem jurídico para a responsabilização, inclusive, da pessoa jurídica:

A lei, em suma, não pode presumir fatos ou a culpabilidade. Não pode presumir, em consequência, o perigo, como algo inerente à conduta, posto que isso conflite flagrantemente com a presunção de inocência e também com a ideia segundo a qual não pode haver crime sem injúria a bens jurídicos tutelados na esfera penal. Nesse contexto, um direito penal mínimo e preservacionista não deve fazer uso dos chamados crimes de perigo abstrato, regra também aplicável quando se pretende incriminar as pessoas jurídicas. (SHECARIA, 1999, p. 140).

Paulo de Souza Queiroz (2001) corrobora essa linha de pensamento ao destacar que nesses delitos acaba-se por punir uma simples atividade:

Uma objeção a fazer aos crimes de perigo abstrato é que, ao se presumir, prévia e abstratamente, o perigo, resulta que, em última análise, perigo não existe, de modo que se acaba por criminalizar a simples atividade, afrontando-se o princípio da lesividade, bem assim o caráter de *extrema ratio* (subsidiário) do Direito Penal. Por isso há quem questione, inclusive, não sem razão, inconstitucional toda sorte de presunção legal de perigo. (QUEIROZ, 2001, p. 121).

Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2006), ao analisarem o caráter preventivo (por meio de delitos de perigo) da Lei dos Crimes Ambientais, criticam a funcionalização do Direito Penal, e destacam que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos:

Em matéria penal ambiental, a defesa de um Direito Penal de matiz exclusivamente preventivo pode acarretar uma acentuada confusão entre as funções da política

ambiental e aquelas que caracterizam o próprio Direito Penal. [...] Confunde-se, de modo inequívoco, as funções políticas-ambientais com a missão do Direito Penal, que não radica na proteção de funções, mas de bens jurídicos. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 254).

4.2.2.3 A lei penal ambiental e a responsabilização penal da pessoa jurídica

Com o advento da Lei nº 9.605/98, estabeleceu-se a regulamentação do disposto no §3º, art. 225, da Constituição Federal. A partir desse momento, foi inaugurada no direito brasileiro a possibilidade de punição penal das pessoas jurídicas.

Depois de três projetos distintos de regulamentação de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, finalmente veio ao lume a Lei 9.605/98. Esse diploma normativo, pela primeira vez, no Brasil, instituiu a responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito de nossa legislação ordinária. E o fez tendo como referência o art. 225, §3º, da Constituição de 1988 que já previa a responsabilidade das empresas por danos ambientais. (SHECAIRA, 1999, p. 127).

Guilherme José Purvin de Figueiredo (2013), em seu Curso de Direito Ambiental, destaca a inovação trazida pela Lei nº 9.605/98, a responsabilização penal do ente coletivo:

O dispositivo constitucional prevê que tanto as pessoas físicas como as jurídicas estão sujeitas a este tríplice regime de responsabilidade. A Lei 9.605/98, que cuida da responsabilidade penal por crimes e infrações administrativas ambientais de pessoas físicas e jurídicas, regulamentou o dispositivo sob comento. A grande inovação jurídica, aqui, foi a previsão de responsabilidade penal da pessoa jurídica. (FIGUEIREDO, 2013, p. 87).

O art. 3º da Lei nº 9.605/98, veio trazer expressamente a imputabilidade penal da pessoa jurídica destacando, ademais, a tríplice responsabilidade pelos danos cometidos contra o meio ambiente:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o 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.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui¹⁰⁹ a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. (BRASIL, 1998).

Verifica-se que, com essa imputação de delitos à pessoa jurídica, procura-se aumentar o “leque” de punições que estaria sujeito o ente moral. Além da responsabilidade

¹⁰⁹ “Consagrou-se, pois, a teoria da coautoria necessária entre agente individual e coletividade”. (SHECAIRA, 1999, p. 127). Como será observado em decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª região, atualmente, verifica-se a possibilidade da responsabilização da pessoa jurídica sem a obrigatoria coautoria.

civil e administrativa, que comumente já eram utilizadas, a pessoa jurídica poderia sofrer mais uma sanção: a penal.

Desta forma, com mais essa punição, objetiva-se inibir as atividades ilícitas das empresas que, aliás, são as principais responsáveis pela degradação do meio ambiente. Sem sombra de dúvidas, a grande maioria da poluição e dos desastres ecológicos é provocada por atividades de pessoas jurídicas que não respeitam a legislação ambiental. Citem-se, por exemplo, o acidente em Seveso¹¹⁰, o desastre em Minamata¹¹¹, o vazamento em Bhopal¹¹² e o vazamento de petróleo no Golfo do México, em 2010, pela empresa British Petroleum-BP. De acordo com Édis Milaré (2011), o legislador procurou punir os grandes responsáveis pela degradação ambiental:

O intento do legislador, como se vê, foi punir o criminoso certo e não apenas o mais humilde – ou pé de chinelo do jargão popular. Sim, porque, via de regra, o verdadeiro delinquente ecológico não é a pessoa física – o quitandeiro da esquina, p.ex., mas a pessoa jurídica que quase sempre busca o lucro como finalidade precípua, e para qual pouco interessam os prejuízos a curto e longo prazos causados à coletividade, assim como que quem pouco importa se a saúde da população venha a sofrer com a poluição. (MILARÉ, 2011, p. 1288).

A responsabilização penal da pessoa jurídica é tema controverso dentro da dogmática penal¹¹³. Diante dessa inovação legislativa, ocorrida com a promulgação da Lei nº 9.605/98, a doutrina penal dividiu-se em duas correntes: uma aceitando a punição penal do ente moral e outra, diametralmente oposta, ou seja, negando essa mesma possibilidade.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica constitui tema cujo debate é bastante atual e de solução ainda não uniforme no direito comparado. Muitos são os países que adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, México, Cuba, Colômbia, Holanda, Dinamarca, Portugal, Áustria, Japão e China. Por outro lado, muitos outros como Alemanha (que estabelece um direito penal administrativo para punir a pessoa jurídica), Suíça, Itália, Bélgica e Espanha não admitem tal responsabilidade. (GALVÃO, 2003, p. 2).¹¹⁴

¹¹⁰ Acidente químico na cidade Seveso, na Itália, em 1976. O vazamento do gás dioxina provocou a mortandade de milhares de animais, sendo considerado um dos maiores exemplos de acidente ambiental industrial. (THOMÉ, 2013).

¹¹¹ Envenenamento de centenas de pessoas pelo lançamento de mercúrio pela corporação Chisso, na baía de Minamata (Japão), na década de 50. (COSTA, 2010).

¹¹² Quarenta toneladas de isocianeto de metila e outros gases letais escaparam da usina de pesticidas da Union Carbide, em Bhopal, Índia, em 1984. Foi considerado o maior acidente químico da história e muitas vítimas ainda pleiteiam indenização. (THOMÉ, 2013).

¹¹³ A grande maioria da jurisprudência brasileira admite a responsabilidade penal do ente moral, como mais à frente será verificado.

¹¹⁴ Apesar de a obra ser de 2003, deseja-se, apenas, demonstrar como não é pacífico o tratamento do tema pelos países.

4.2.2.3.1 Corrente contrária à responsabilidade penal da pessoa jurídica^{115;116}

A primeira constatação dos defensores da impossibilidade da responsabilização do ente moral é que a Constituição Federal de 1988 não autorizou no seu art. 225, §3º, a punição da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Assim, está redigido:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia 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.

[...]

§ 3º - 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. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

De acordo com esses doutrinadores e fazendo uma interpretação sistemática do artigo supracitado, as condutas seriam provenientes, apenas, dos seres humanos, ou seja, das pessoas físicas. Somente essas condutas seriam objeto do Direito Penal. Já as pessoas jurídicas exercem uma atividade. No exercício de suas atividades, estariam sujeitas a sanções, sendo essas de cunho civil (reparação do dano) ou administrativas. Destarte, ao realizar essa interpretação, e combinado com diversos princípios do Direito Penal, como a responsabilidade pessoal, culpabilidade, fins da pena, etc., verificam a não autorização constitucional para punição da pessoa jurídica. O art. 3º da Lei nº 9.605/98 seria, na verdade, inconstitucional e não poderia, assim, ser aplicado. Miguel Reale Júnior (2011) esclarece que o art. 225, §3º, da Constituição Federal, “deve ser interpretado no sentido de que as pessoas físicas ou jurídicas sujeitam-se *respectivamente* a sanções penais e administrativas.” (REALE JÚNIOR, 2011, p. 354). Ainda, segundo o mesmo doutrinador, esta foi à ideia dentro do processo constituinte:

Deve-se destacar a supressão, durante o processo constituinte, já na votação em primeiro turno, do termo “criminal” constante do texto aprovado na Comissão de

¹¹⁵ Sobre a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, interessante artigo foi escrito por Sheila Jorge Selim de Sales (Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no Direito Penal Moderno, 2011), que poderia ser resumido pela seguinte passagem: “O Direito Penal brasileiro não poderia adotar outra orientação: nele reafirma-se o postulado da responsabilidade penal subjetiva, cristalizado nos princípios constitucionais da individualização da pena, da personalidade das sanções penais, da culpabilidade”. (SALES, 2011, p. 228).

¹¹⁶ Miguel Reale Júnior, observando o princípio da intervenção mínima, critica veementemente a responsabilização penal do ente coletivo: “Questões graves surgem, ao pretender estabelecer a punição da pessoa jurídica, que se afigura, a nosso ver, como absolutamente desnecessária, bastando à punição desta pela via administrativa”. (REALE JÚNIOR, 2011, p. 355).

Sistematização, na fórmula “responsabilidade criminal desta”, correspondendo, então, ao art. 228, §4º. Tal demonstra a intenção clara do legislador de excluir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sendo a interpretação histórica relevante em matéria constitucional. (REALE JÚNIOR, 2011, p. 354).

Jair Leonardo Lopes (2011) compactua com esse pensamento, discordando daqueles que apregoam o permissivo constitucional para a punição do ente moral. Assim se expressa o penalista:

Ousamos divergir da interpretação segundo a qual o teor do texto supra tenha consagrado a responsabilidade penal da pessoa jurídica. O que aí se diz é que os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, sujeitar-se-ão a sanções penais e administrativas, sendo óbvio que as pessoas físicas estarão sujeitas às sanções penais e as pessoas jurídicas às sanções administrativas. (LOPES, 2011, p. 359).

René Ariel Dotti (2011) critica a intenção de imputar uma responsabilidade penal às pessoas jurídicas destacando sua desarmonia com a Constituição da República:

Tal disposição, sem sua interpretação literal, poderia ensejar o entendimento de que é admissível a responsabilidade penal dos entes coletivos. Porém, a melhor compreensão da norma nos leva à conclusão de que tanto a pessoa física como a pessoa jurídica podem responder nas ordens civil, administrativa e tributária pelos seus atos; mas a responsabilidade penal continua sendo de natureza e caráter estritamente humanos. (DOTTI, 2011, p. 169).

Outra objeção para a punição dos entes morais diz respeito à finalidade da pena. A punibilidade é delimitada pelo nosso Código Penal que, no seu art. 59, determina que a pena será fixada conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. O Direito Penal adota uma teoria mista ou dialética da pena, ou seja, promove tanto a reprovação (teoria absoluta) quanto a prevenção (teoria relativa). Assim, esclarece Paulo de Souza Queiroz (2001):

O exame da legislação brasileira, como o exame de qualquer legislação penal, põe de manifesto a opção do legislador pelo pragmatismo, não se identificando filiação a qualquer teoria da pena em particular. [...] Sem embargo, dentre as concepções da pena apresentadas, pode-se dizer que a que mais se aproxima do nosso direito é a teoria dialética-unificadora de ROXIN, como se perceberá. (QUEIROZ, 2001, p. 83).

Observando a adoção desse sistema dialético ou misto, a penalização da pessoa jurídica não se mostra apta a atender aos fins da pena¹¹⁷ nos termos de um Direito Penal tradicional, pois:

- A) O ideal proposto pela teoria absoluta (reprovação) é a retribuição por um mal causado. Prepondera o princípio talional, ou seja, dente por dente, olho por olho. A pessoa jurídica não tem vontade desvinculada dos seus dirigentes, por mais que se faça essa abstração. Somente o ser humano pode se arrepender. Apenas o homem sente “na pele” os efeitos da pena pelo seu injusto praticado. Essa função da pena só pode ser alcançada frente às pessoas físicas;
- B) As teorias relativas trabalham com a perspectiva da prevenção. Ao contrário da teoria absoluta não vê a pena tendo um fim em si mesma. Procura-se atender a determinados objetivos. A pena procuraria desencorajar a prática de novos delitos (prevenção geral negativa), reafirmaria os valores éticos e sociais do ordenamento (prevenção geral positiva) e, por fim, com a reclusão do delinquente, neutralizaria e protegeria a sociedade do infrator (prevenção especial). A punibilidade da pessoa jurídica, de acordo com alguns teóricos, não atenderia a estas exigências. Primeiramente a pessoa jurídica não possui uma vontade psíquica própria, não pode se sentir intimidada. Quem sente medo, repulsa, receio, insegurança são pessoas naturais. Assim, resta prejudicada a prevenção geral negativa. Ademais, quem também incorpora valores ou necessitam de estabilização de expectativas são os homens, impossibilitando a prevenção geral positiva. E, por fim, não pode ser encarcerado e reeducado o ente moral para satisfazer a prevenção especial.

Ponto culminante para os penalistas contrários à criminalização da pessoa jurídica está na sua impossibilidade de conduta. A pessoa moral não realizaria o primeiro elemento integrante do fato típico. Para a existência do fato típico, necessário é uma conduta dolosa ou culposa, um resultado (nos casos de crimes de dano), nexos de causalidade e tipicidade (formal e conglobante). A pessoa jurídica não tem consciência, não possui o elemento psicológico, não age nem com dolo nem com culpa. A ação é a um comportamento humano voluntário na

¹¹⁷ René Ariel Dotti (2011), sinteticamente, dispõe: “É inconcebível falar-se em execução da pena criminal – que pressupõe aflição e um processo personalizado de reinserção social – sobre a pessoa jurídica. Com efeito, tanto a pena como a medida de segurança se destinam ao homem de carne e osso, que é o destinatário das reações contra o delito.” (DOTTI, 2011, p. 187).

busca da consecução de um fim (Welzel). A conduta é pertencente única e exclusivamente ao ser humano, ele que possui um querer.

Não se pode falar de uma vontade em sentido psicológico no ato da pessoa jurídica, o que exclui qualquer possibilidade de admitir a existência de uma conduta humana. A pessoa jurídica não pode ser autora de delito, porque não tem capacidade de conduta humana no seu sentido ôntico-ontológico. Têm-se usado outros argumentos para refutar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Alguns sustentam que não tem capacidade de culpabilidade. Outros afirmam que a pena é inconstitucional, porque seria transcendente, isto é, afetaria pessoas que não participaram da decisão em virtude da qual é imposta uma pena. Estes argumentos são válidos, mas resultam desnecessários, porque cremos que a responsabilidade é descartada desde que falta o caráter genérico do delito: não há capacidade de conduta na pessoa jurídica. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 355).

Luiz Regis Prado (2007) chega à idêntica conclusão e não aceita a responsabilização do ente coletivo. Faz duras críticas a este posicionamento em diversas obras, devendo ser transcrito um resumo de seu pensamento:

De primeiro, ressalta a evidência que a pessoa coletiva não tem consciência e vontade – em sentido psicológico – semelhante à pessoa física, e, com isso, capacidade de autodeterminação, faculdades que necessariamente hão de ser tomadas por empréstimo aos homens. Isto vale dizer: só o ser humano, enquanto pessoa-indivíduo pode ser qualificado como autor ou partícipe de um delito. Daí a máxima *nullum crimen sine actione* e o seu indispensável coeficiente de humanidade. O aspecto de conduta humana indica que só constituem formas de atuar em sentido jurídico-penal as manifestações da atividade do homem individual e não os atos de pessoas jurídicas. (PRADO, 2007, p. 271).

Corroborando esse raciocínio, Luiz Gracia Martín (2011) relata que as pessoas jurídicas não podem ser destinatárias de normas de conduta, pois elas carecem da capacidade de ação:

Las personas jurídicas, em cambio, no pueden ser destinatárias de las normas de determinación, pues carecen de capacidad de acción. Destinatarios de tales normas serán únicamente las personas físicas titulares del órgano o que ejercen la representación de la persona jurídica. [...] sin embargo, no puede deducirse, a mi juicio, que la persona jurídica sea capaz de realizar la acción típica¹¹⁸. (MARTÍN, 2011, p. 120).

A penalização da pessoa jurídica, ainda, afrontaria seriamente o princípio da culpabilidade. Culpabilidade refere-se a um juízo de reprovabilidade, de censura da conduta do agente. É a constatação de que o autor poderia ter agido de outra forma, mas, mesmo

¹¹⁸ As pessoas jurídicas não são destinatárias das regras de conduta, por falta de capacidade de agir. Destinatários de tais regras somente são os indivíduos, que exerçam a representação da pessoa jurídica. [...] No entanto, não pode ser deduzido, na minha opinião, que a pessoa coletiva seja capaz de realizar a ação típica. (tradução nossa).

assim, quis cometer a infração penal. Como bem traçado por Juarez Cirino dos Santos (2007) é a observação dos seguintes elementos: “capacidade de culpabilidade (também conhecido como imputabilidade ou capacidade penal); conhecimento da antijuridicidade (real ou possível); exigibilidade de comportamento diverso.” (SANTOS, 2007, p. 441). Primeiramente, verifica-se que o ente moral não tem capacidade penal, pois essa é um atributo do ser humano (imputabilidade tem vinculação com maturidade e saúde mental). A mesma observação pode ser feita sobre o conhecimento sobre a ilicitude da ação e a exigibilidade de comportamento diverso. Esses requisitos são sempre atribuídos a um indivíduo, a uma *psique*. Zaffaroni e Pierangeli (2010) deixam tal constatação bem evidente quando explicam o princípio da culpabilidade: “[...] O princípio da culpabilidade entendido como não há pena se a conduta não for reprovável ao autor, deve necessariamente fundar-se na aceitação de que o homem é um ente capaz de autodeterminar-se”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 521, grifos nossos) Enfim, o princípio da culpabilidade refere-se ao querer humano, ao pensar, à capacidade de compreender, ou seja, algo impossível à pessoa coletiva.

Por fim, deve ser observado que a responsabilização da pessoa jurídica não respeitaria o princípio da responsabilidade pessoal da pena. Tal princípio se acha consubstanciado no art. 5º, XLV, da Constituição Federal e pode ser resumido no dizer: nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Condenando a pessoa jurídica poderia haver a hipótese de que sócios, minoritários, na tomada de decisão, ou que até mesmo dela não tenham participado, venham a sofrer indiretamente com a sanção estabelecida. Haveria uma extensão da punição para aqueles que não concorreram para a conduta, algo inaceitável para os penalistas garantistas.

Mesmo que o fato típico tenha sido causado somente por um de seus diretores, todos os demais sofrem, em maior ou menor intensidade, os efeitos primários da condenação. E se, em consequência da sanção imposta, a pessoa jurídica não tiver condições materiais ou morais para sobreviver, tal evento alcançará todas as pessoas físicas e jurídicas que vivam sob na dependência. (DOTTI, 2011, p. 172).

4.2.2.3.2 Corrente a favor da responsabilização penal da pessoa jurídica

Observa-se que o Código Penal atual (1940) não dispôs, em nenhum de seus dispositivos, uma vedação expressa à imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica. No entanto, dentro de uma interpretação sistemática, percebe-se, inclusive pela incompatibilidade das penas, a impossibilidade de responsabilização do ente moral. Somente após a Constituição Federal de 1988 e com a edição da Lei nº 9.605/98 é que, no direito

pátrio, admitiu-se a responsabilização das pessoas jurídicas, devido à potencialidade do dano de suas atividades.

Se, em sede político-criminal, se conclui pela alta conveniência ou mesmo imperiosa necessidade de responsabilização das pessoas coletivas em direito penal secundário, não vejo então razão dogmática de princípio a impedir que elas se considerem agentes possíveis dos tipos-de-ilícito respectivos. A tese contrária só pode louvar-se numa ontologificação e autonomização inadmissíveis do conceito de ação, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipo-de-ilícito exigências normativas que o conformem como uma certa unidade de sentido social. (DIAS, 2006, p. 61).

Os defensores da responsabilização penal da pessoa jurídica alegam que no artigo 173, §5º, da Constituição Federal de 1988, já se verifica uma primeira referência à punição penal do ente moral.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...]

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Destacam que a responsabilidade aludida pelo texto constitucional é a penal e, ademais, devem-se adaptar as sanções de acordo com a natureza dos entes morais para uma efetiva punição. Assim, frente aos crimes cometidos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular, não somente devem ser punidos os dirigentes das empresas, mas, também, conjuntamente, as próprias pessoas jurídicas. Como salienta Fernando Galvão (2003) “se o dispositivo constitucional determina a adaptação das punições à natureza peculiar da pessoa jurídica é porque pretende alterar os padrões tradicionais do ramo do direito que trata das penas, ou seja, do Direito penal”. (GALVÃO, 2003, p. 5).

Além do mais, os doutrinadores favoráveis mencionam a imposição constitucional da punição criminal das pessoas jurídicas, nos casos de crimes ambientais. Nos seus termos, o artigo 225, §3º, da Constituição da República, traz expressa determinação à responsabilização penal das empresas:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia 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.

[...]

§ 3º - 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. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, as pessoas jurídicas não estariam adstritas somente às responsabilidades civil e administrativa, mas compreendendo, também, à penal. Relatam que a punição do ente moral nas três esferas é explícita e não deixa nenhuma margem de dúvida. Criticam aqueles que defendem a impossibilidade de punição da pessoa jurídica sob o argumento de que as condutas (que são humanas) é que estão sujeitas às sanções penais e que as atividades (das empresas) é que estão sujeitas a sanções administrativas.

A estrutura do dispositivo deixa claro que os infratores estarão sujeitos às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Em aposto explicativo, fica esclarecido que os infratores podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Por outro lado, o entendimento de que a Constituição teria deferido tratamento distinto às pessoas físicas ou jurídicas levaria a concluir, também, que a responsabilidade da pessoa física ficaria restrita às sanções penais e a obrigação de reparar os danos. O que não é correto. Com certeza, a pessoa física pode ser responsabilizada administrativamente pela lesão ao meio ambiente. (GALVÃO, 2003, p. 6).

A corrente doutrinária favorável à responsabilidade penal da pessoa jurídica justifica a capacidade desta, em responder por crimes, na teoria da realidade objetiva, real ou orgânica de Otto Gierke ou na teoria da realidade jurídica do ente moral.

Os pensadores defensores da teoria da realidade objetiva concebem a pessoa jurídica como um organismo social, que realmente existe, e que possui capacidade e vontade próprias. “A teoria da realidade sustenta que as pessoas jurídicas são seres reais, reconhecidos e regulados pela lei, possuindo potencialidade para serem sujeitos ativos de condutas puníveis, uma vez consideradas como portadoras de vontade real”. (SALES, 2011, p. 223). Essa teoria seria uma negação da teoria de Savigny¹¹⁹ que atribui, apenas, ao homem à capacidade de ser titular de direitos. É o pensamento de Clovis Bevilacqua: “Com forma de um corpo social dotado de interesses jurídicos próprios, o qual, do mesmo modo que o indivíduo deve ser,

¹¹⁹ Para Savigny, principal articulador da teoria da ficção, as pessoas jurídicas são seres artificiais, criadas para um fim lícito, que não existe na realidade. Assim, no ente moral, somente existe, na realidade, o ser humano. É ele que comete delitos e não obedece aos fins lícitos estabelecidos para a pessoa jurídica. Destarte, apenas, a pessoa física pode agir ilicitamente. Como bem relata, também, Sheila Jorge Selim de Sales: “[...] negando capacidade penal às corporações tornou-se conhecida como “teoria da ficção” e teve como expoente máximo Savigny. Para tal teoria, as pessoas jurídicas são entidades fictícias, criadas pelo Direito, não possuindo consciência e vontade próprias, isto é, as condições psíquicas capazes de determinar o “querer”. Não possuem, portanto, capacidade de ação e, conseqüentemente, não são passíveis de punição na esfera penal, uma vez ausentes os pressupostos sobre os quais se assenta o moderno Direito Penal da culpa. A sanção penal, segundo Savigny, só pode incidir sobre as pessoas singulares, que as compõem ou as dirigem”. (SALES, 2011, p. 222).

juridicamente, reconhecido como existindo realmente, como dotado de atividade e não como um ser fictício”. (BEVILAQUA, 1980, p. 129).

Por sua vez, a teoria da realidade jurídica do ente coletivo não compreende que a pessoa jurídica possa ter uma existência análoga à da pessoa física. Contudo, também, afirma que ela não é uma mera ficção. A pessoa jurídica existe no mundo do Direito. Da mesma maneira que se cria pela ordem jurídica o ente moral, se reconhece, a ele, direitos e deveres (e, inclusive, sanções). “A pessoa jurídica só existe porque a ordem jurídica prevê a sua existência, como instrumento de realização de fenômenos jurídicos. A realidade que se deve reconhecer à pessoa jurídica é uma realidade na ordem jurídica e para a ordem jurídica, nunca uma realidade naturalística”. (GALVÃO, 2003, p. 37). De tal forma, se o Direito reconhece que a pessoa jurídica pratica atividades que lhe são favoráveis, nada mais lógico que ela possa praticar, também, atividades “irregulares” (equidade de tratamento).

Certo que, na ação como na culpa, tem-se em vista um “ser-livre” como centro ético-social de imputação jurídico-penal e aquele é o do homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, “obras da liberdade” ou “realizações do ser-livre”; pelo que parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados – de acordo com que poderá chamar-se, segundo Max Müller, o princípio da identidade da liberdade – ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações coletivas e, assim, as pessoas coletivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime. (DIAS, 2006, p. 61).

Sobre a crítica que a responsabilidade penal da pessoa jurídica lesa o princípio da responsabilidade pessoal da pena, os defensores da criminalização alegam que toda pena transcende, em seus efeitos, o âmbito do próprio autor. Quando uma pessoa física é privada de sua liberdade, sua família, também, sofre consequências. Deixa de gozar do contanto com o condenado, sofre perdas financeiras pela perda do emprego, fica estigmatizada, etc. Assim, a alegação de que os sócios não envolvidos ou contrários à decisão ilícita são prejudicados, igualmente, não deve prosperar. Os efeitos da condenação, tanto da pessoa física quanto jurídica, refletem em pessoas que não se confundem com o autor.

A Parte Geral do Código Penal prevê penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Nenhuma delas deixa de, ao menos indiretamente, atingir terceiros. Quando há uma privação da liberdade de um chefe de família, sua mulher e filho se veem privados daquele que mais contribui no sustento do lar. {...} Idêntico inconveniente ocorreria se a pena fosse de interdição de direitos (proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, mandato eletivo, profissão, atividade ou ofício, conforme o art. 47, I e II, do Código Penal, ou mesmo de suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo, segundo o art. 47, III, do Código Penal). Não resta a menor dúvida que um motorista profissional,

condenado a esta última punição, teria muita dificuldade para o sustento da família, a qual acabaria por ser indiretamente atingida. O mesmo argumento é válido para a multa. As penas pecuniárias recaem sobre o patrimônio de um casal, ainda que só o marido tenha sido condenado, e não sua esposa. (SHECAIRA, 1999, p. 90).

No tocante às objeções que a pessoa jurídica, quando condenada criminalmente, teria a pena inócua (teorias absoluta e relativa dos fins da pena), os doutrinadores da responsabilização alegam que, modernamente, a pena tem com escopo primordial reprovar a conduta indesejada e afirmar a proteção do bem jurídico. “Disso decorre que a imposição da pena deve ter como objetivo precípua sua relevância pública e não objetivos morais” (SHECAIRA, 1999, p. 92). Ademais, para os pensadores da teoria da realidade objetiva da pessoa jurídica, essa em nada se diferiria da pessoa física quanto aos fins da pena, exceto na prevenção especial (privação da liberdade). Assim, pode a pessoa jurídica, da mesma forma, ser intimidada, estimulada a proceder de forma diversa, etc.

Ora, se a pessoa jurídica pode sofrer uma dor moral capaz de ser indenizada de acordo com as normas cíveis e tutelada criminalmente, então é evidente que no campo penal pode ser destinatária de normas sancionadoras dirigidas à prevenção geral e especial. É evidente que ela pode ser motivada a comportar-se de acordo com o ordenamento jurídico-penal. É evidente que ela possui culpabilidade. (CRUZ, 2008, p. 240).

Salienta, ainda, Fernando Galvão (2003) que, mesmo que não existisse uma teoria doutrinária que possibilitasse a responsabilização do ente moral, caberia ao operador do Direito aceitar as determinações do legislador e construir um novo paradigma teórico. Sendo uma opção legislativa, cabe aos operadores do Direito Penal cumprir tais imperativos:

[...] A mudança de paradigma, certamente, encontrará a resistência dos conservadores. Mas importa lembrar que cabe ao legislador definir os contornos da política criminal a ser implantada em nossa sociedade. Se o legislador, legitimamente, fez a opção por responsabilizar a pessoa jurídica não podem os operadores do direito inviabilizarem essa opção política. Uma tal resistência é manifestamente ilegítima. Feita a opção, cabe aos operadores construir o caminho dogmático necessário a realizar a vontade do legislador. O entendimento divergente, vencido no debate político, deve se submeter às regras do jogo democrático. (GALVÃO, 2003, p. 7).

Ademais, ressalte-se que os tribunais brasileiros, em sua grande maioria, acolheram a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais pós Lei nº 9.605/98¹²⁰. Cite-

¹²⁰ Observação, também, de Guilherme Purvin de Figueiredo (2013): “Embora ainda haja autores que resistam ao reconhecimento da responsabilidade penal da empresa, acompanhamos as conclusões da doutrina especializada, no sentido da sua consagração em nosso país”. (FIGUEIREDO, 2013, p. 10).

se, como exemplo paradigmático, a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o recurso especial Nº 800.817 - SC (2005/0197009-0):

RECURSO ESPECIAL Nº 800.817 - SC (2005/0197009-0)
 RELATOR: MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
 RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
 RECORRIDO: ARTEPINUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA
 EMENTA
 RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO SIMULTÂNEA DO ENTE MORAL E DA PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.
 1. Aceita-se a responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, sob a condição de que seja denunciada em coautoria com pessoa física, que tenha agido com elemento subjetivo próprio. (Precedentes)
 2. Recurso provido para receber a denúncia, nos termos da Súmula nº 709, do STF: "Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela".

Trata-se de um acórdão oriundo do Superior Tribunal de Justiça, em 04 de fevereiro de 2010, sobre um recurso especial impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina. A questão central, e que interessa a essa discussão, é se o ente moral poderia configurar como autor de crime, ou seja, se a pessoa jurídica possui a capacidade de ser réu em uma ação penal. Verifica-se que o ministro relator dá provimento ao recurso, destacando a possibilidade de criminalização da pessoa jurídica e citando precedentes do próprio STJ. Justificando sua decisão, acolhe o posicionamento da quinta turma da mesma casa, que vale a pena ser transcrito na parte da ementa que detalha a questão:

- II. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.
- III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.
- IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.
- V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.
- VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.
- VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.
- VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."

IX. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa. A co-participação prevê que todos os envolvidos no evento delituoso serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

X. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica.

XI. Não há ofensa ao princípio constitucional de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado...", pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribuiu para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.

XII. A denúncia oferecida contra a pessoa jurídica de direito privado deve ser acolhida, diante de sua legitimidade para figurar no polo passivo da relação processual-penal. (BRASIL, 2005).

Diante dessas fundamentações acima referidas, reconhece o acórdão a plena possibilidade de responsabilização penal do ente moral nos crimes contra o meio ambiente. Aliás, como mencionado anteriormente, a responsabilização dos entes morais por crimes ambientais é reconhecida amplamente pelos tribunais pátrios.

Deve ser mencionado que, inclusive, existem algumas decisões, permitindo a responsabilização do ente moral mesmo sem a “coautoria”^{121;122} com a pessoa física.

TRF-1 - MANDADO DE SEGURANÇA MS 21154 BA 0021154-60.2010.4.01.0000 (TRF-1)

Data de publicação: 19/04/2012

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL. PESSOA JURÍDICA. ISOLADAMENTE. POSSIBILIDADE. ART. 225, § 3º, DA CF. ART. 3º DA LEI 9.605/98. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. 1. O legislador constituinte admitiu a responsabilização penal das pessoas jurídicas, objetivando proteger o meio ambiente da degradação, posto que considerado essencial à sadia qualidade de vida e merece ser preservado para as presentes e futuras gerações. 2. A dicção do art. 225, § 3º, da CF/88 permite concluir que a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural. Pode, assim, a denúncia ser dirigida apenas contra o ente coletivo, caso não se descubra autoria ou participação de pessoas físicas; ou, se dirigida contra ambas, física e jurídica, ser recebida apenas quanto a esta, uma vez configuradas hipóteses de rejeição contra aquela. 3. A lei ambiental não condicionou a responsabilidade penal da pessoa jurídica à da pessoa física, apenas ressaltou que as duas formas de imputação não se excluem, como se extrai do disposto no art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.605/98. 4. Recente decisão do STF, no julgamento do AgR no RE n. 628.582/RS, consignou ser possível a condenação da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvida a física. 5. Ofertada denúncia contra pessoa física e jurídica, mesmo que absolvida sumariamente (CPP, art. 397, III) aquela, há a possibilidade de aditamento para se incluir responsável, pessoa física, pelo delito ambiental

¹²¹ Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo (2011) considera imprescindível a denúncia conjunta da pessoa jurídica e da pessoa física: “Tal regra leva à percepção de que a conduta típica, perpetrada pela pessoa física, constitui-se num pressuposto para imputação de responsabilidade à pessoa jurídica. Pode-se dizer que, sem a ocorrência do injusto, ligado de modo intrínseco ao agir humano, jamais se poderá atribuir responsabilidade à pessoa jurídica”. (PITOMBO, 2011, p. 242).

¹²² Em decisão do STJ (Resp 564.960- SC (2003/0107368-4) de 02.06.2005), entendeu-se pela inviabilidade de “compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio (dolo ou culpa)”.

imputado, fato revelador, no mínimo, de ser precipitado o trancamento da ação penal contra a pessoa jurídica na via do mandado de segurança. 6. Mandado de Segurança denegado. (BRASIL, 2012).

Apesar da aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica pelo Poder Judiciário, alguns questionamentos merecem ser realizados. Diante da complexidade do tema sobre a possibilidade ou não de responsabilização da pessoa jurídica e, principalmente, perante as contradições da utilização do Processo Penal nos crimes ambientais cometidos pelo ente coletivo, necessário é um maior aprofundamento da temática, que será tratado no capítulo a seguir.

5 A ILEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS COMETIDOS PELA PESSOA JURÍDICA

5.1 O Estado Democrático de Direito e o Direito Processual Penal¹²³

É uma característica intrínseca do ser humano a vida em sociedade para consecução de fins comuns¹²⁴. Essa convivência que, nem sempre é harmônica, pode ocasionar sérios conflitos de interesses entre homens ou entre grupos. Necessários se tornam uma organização, estabelecimento de regras de convivência e uma distribuição de tarefas. Certo é que, dentro de toda sociedade organizada, existe uma estrutura de poder¹²⁵. Alguns detêm o controle e outros são controlados. Nessa estrutura de poder existem grupos mais próximos e grupos mais afastados do poder, seja ele político ou econômico. Como relatado por Zaffaroni e Pierangeli (2010), em toda sociedade há centralização e marginalização do poder.

Esta “centralização-marginalização” tece um emaranhado de múltiplas e protéicas formas de “controle social” (influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo). Investigando a estrutura de poder explicamos o controle social e, inversamente, analisando este, esclarecemos a natureza da primeira. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 58).

O poder dos grupos hegemônicos sustenta-se no controle social¹²⁶. O controle social é exercido nos mais diferentes contextos. Pode ser por meio da família, pela comunicação em

¹²³ Definido por Guilherme de Souza Nucci (2009): “Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto”. (NUCCI, 2009, p. 77).

¹²⁴ “São numerosos e complexos os interesses que levam os indivíduos e os grupos à cooperação. Pode ser a obtenção de algum bem material, interesses pessoais ou grupais, lealdade ao grupo e seus ideais, temor às pressões ou ataques de outros grupos, ou a própria necessidade estrutural, decorrente da mútua interdependência em virtude das funções especializadas”. (LAKATOS; MARCONI, 1999, p. 88).

¹²⁵ Definido por Adilson de Oliveira Nascimento (2008): “O poder é concebido como relações de imperatividade, existentes em qualquer agrupamento humano, sendo exercido através de estratégias, com manobras táticas e técnicas, relações essas sempre tensas, num enfrentamento perpétuo. Portanto, o poder mais se exerce do que se possui.” (NASCIMENTO, 2008, p. 21).

¹²⁶ “O ser humano herda quatro instintos: simpatia, sociabilidade, senso de justiça, e ressentimento ao mau trato. Estes instintos permitem o desenvolvimento de relações sociais harmoniosas entre os componentes de grupos e comunidades pequenas e homogêneas. À medida que a sociedade se torna mais complexa, as relações sociais tendem a tornar-se impessoais e contratuais. Nesse período de transição, com o enfraquecimento dos instintos sociais do homem, o grupo tem que lançar mão de determinados mecanismos sociais a fim de controlar as relações entre seus membros. Esses mecanismos constituem o controle social, que visa regular o comportamento dos indivíduos e propiciar à sociedade ordem e segurança. Assim, quando ‘as sociedades artificiais civilizadas’ se distanciam das “comunidades naturais”, os controles instintivos do homem são substituídos pelos recursos artificiais: a lei, a opinião pública, a crença, a religião, a sugestão social (tradição, convenção), a influência de certas personalidades marcantes, a ilusão e avaliação social.” (LAKATOS; MARCONI, 1999, p. 237).

massa, pela educação, pela religião, ou, também, pelo sistema penal¹²⁷. Assim, os primeiros nem sempre são evidentes e se encontram dispersos na sociedade, enquanto o sistema penal (polícia, promotores, juízes, agentes carcerários) é explícito. Somente, ao se analisar esse conjunto, pode-se perceber verdadeiramente o modelo de sociedade existente em uma localidade.

Assim, para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universidade, a liberdade de cátedra etc.) [...] Quem quiser formar uma ideia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno de controle, cairá em um simplismo ilusório. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 59).

É importante, desde já, esclarecer um equívoco. Difunde-se, a todo instante, na sociedade, que o conhecimento leva ao poder. Esse entendimento é uma meia verdade. É inegável que o poder limita o saber¹²⁸. O poder utiliza-se das ideologias¹²⁹, aproveitando o que lhe interessa, descartando todo o resto. “Assim, o autoritarismo não tomou de Hegel a parte liberal, e sim a exaltação do Estado; o racismo não tomou do evolucionismo as advertências prudentes, mas ostentou uma ortodoxia evolucionista jamais sustentada com seriedade [...]”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 61). Verifica-se que, na realidade, partes das ideologias são utilizadas pelo poder como justificção do controle social.

O poder pode ser mais ou ser menos democrático, entretanto, utiliza-se, sempre, do controle social para sua perpetuação. Seja por meios difusos (educação, mídia, artes) ou por meios institucionalizados¹³⁰. Dos meios institucionalizados, destaca-se o sistema penal, por ser este formalmente punitivo e apresentar, também, um discurso punitivo. Por sistema

¹²⁷ São as denominadas instituições sociais: “Uma estrutura relativamente permanente de padrões, papéis, e relações que os indivíduos realizam segundo determinadas formas sancionadas e unificadas, com o objetivo de satisfazer necessidades sociais básicas”. (FICHTER, 1973, p. 297). De acordo com Lakatos e Marconi (1999), apresentam os seguintes elementos: “Todas as instituições sociais devem ter função e estrutura. Função é a meta ou o propósito do grupo, cujo objetivo seria regular suas necessidades. A estrutura é composta de pessoal (elementos humanos); equipamentos (aparelhamento material ou imaterial); organização (disposição do pessoal e do equipamento, observando-se uma hierarquia-autoridade e subordinação); comportamento (normas que regulam a conduta e a atitude dos indivíduos)”. (LAKATOS; MARCONI, 1999, p. 169).

¹²⁸ Isso fica bastante evidente nos regimes totalitários com a limitação imposta pelo Estado ao acesso ao conhecimento. O século passado é pródigo em exemplos (nazismo, fascismo, comunismo russo, ditadura militar brasileira 1964/1985, etc.).

¹²⁹ Ideologia não deve ser entendida nesse contexto pelo seu significado pejorativo. Ideologia, como entendem Zaffaroni e Pierangeli, é “toda crença adotada para o controle dos comportamentos coletivos”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 62). Não é “algo” necessariamente ruim como o vocábulo, geralmente, é usado.

¹³⁰ Os meios institucionalizados podem ser: não punitivo (direito privado), “punitivo” (formalmente não punitivo ou com discurso não punitivo – manicômios, asilos, orfanatos) e os realmente punitivos (sistema penal). (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 65).

penal¹³¹ entendem-se as atividades que vão desde a investigação da existência de um delito até o dia final do cumprimento da pena (subentendendo uma lei regulando todo esse procedimento). O sistema penal visa à aplicação do Direito Penal¹³², que nada mais é que as opções políticas de criminalização de condutas, de acordo com os valores defendidos pelo Estado. “Os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão segmentos de sua política estatal em geral”. (GOLDSCHIMDT, 2002, p.71).

Necessário é verificar os “alicerces” (poder político) que fundamentam o Estado para a percepção e compreensão do Direito Penal e Processual Penal nele existentes¹³³. Esses institutos nada mais são que “reflexos” do Estado. São “respostas” de proteção aos ideais que o Estado estabelece como imprescindíveis para a existência da sociedade. “As ideias de poder, Estado e democracia entrecruzam-se com o processo como instituição jurídica, hoje estudada em conteúdos de nova compreensão das relações sociais e jurídicas”. (NASCIMENTO, 2008, p. 19). Como leciona Jorge Miranda (2002), o poder político estrutura um Estado conforme uma ideia, um objetivo:

O poder político é, por consequência, um poder constituinte enquanto molda o Estado segundo uma ideia, um projeto, um fim de organização. E este poder constituinte não cessa quando a Constituição material fica aprovada; ele perdura ou está latente na vigência desta, confere-lhe consistência, pode substituí-la por outra em face da realidade política, econômica e social sempre mutável. (MIRANDA, 2002, p. 214).

Paulo de Souza Queiroz (2001), por sua vez, ainda esclarece que o Estado e a ordem jurídica são, na verdade, reproduções ou uma superestrutura da ordem social de um sistema social em que estão inseridos. Destaca que o Direito Penal ratifica as determinações das outras instâncias, devido ao seu extremo caráter coercitivo.

A ordem jurídica e o Estado, sob essa perspectiva, não são, portanto, mais que reflexo ou superestrutura de determinada ordem social, incapaz por si mesma para regular a convivência de modo organizado e pacífico. Logo, o direito, que, como norma de conduta, padroniza coercitivamente certos comportamentos, não pode ser compreendido senão em referência (e a partir) ao sistema social em que se insere.

¹³¹ Observação interessante faz Zaffaroni (2010), de que o sistema penal se dirige, apesar do discurso jurídico, mais a certas pessoas do que propriamente contra ações.

¹³² De acordo com Magalhães Noronha: “Resumidamente: Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tenho em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem pratica”. (NORONHA, 2001, p. 4).

¹³³ “El procedimiento penal y su concepción jurídica no deberían ser vistos tan sólo como un medio par el esclarecimiento y persecución de los hechos punibles, sino también como un signo de la respectiva cultura jurídica”. (O procedimento penal e sua concepção jurídica não deveriam ser vistos tão somente como um meio para o esclarecimento e persecução dos feitos puníveis, mas também como um sinal da respectiva cultura jurídica.). (HASSEMER, 2002, p. 83, tradução nossa).

Porque as normas jurídico-penais, consideradas em face do sistema social e do próprio direito, não são senão um dos muitos instrumentos dirigidos à socialização do homem. O direito penal é, portanto, em face do sistema social global, um subsistema de controle social, puramente confirmador de outras instâncias (família, escola) bem mais sutis e eficazes¹³⁴. (QUEIROZ, 2001, p. 8).

De tal modo, para caracterizar o Direito Penal e Processual Penal brasileiro, devem-se observar os ideais que embasam o Estado, ou seja, os princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. A Constituição institui e regula os pressupostos de criação, validade e cumprimento de todo o ordenamento jurídico, convertendo-se em elemento de unidade. (QUEIROZ, 2001). Assim, a Constituição também é denominada por Lei Fundamental, Carta Magna, pois estabelece todo o “alicerce”, todos os “objetivos”, todos os “ideais”, para o ordenamento jurídico de um Estado.

Na medida em que a Constituição estabelece os pressupostos de criação, vigência e execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando amplamente o seu conteúdo, converte-se em elemento de unidade do ordenamento jurídico de uma comunidade no seu conjunto, no seio do qual impede tanto o isolamento do Direito Constitucional como a existência isolada das demais parcelas de Direito umas em relação às outras. (MIRANDA, 2002, p. 5).

O preâmbulo¹³⁵ da Constituição Federal de 1988 explicita quais são os objetivos e as intenções da promulgação do texto constitucional. A despeito de não pertencer, propriamente, à Constituição, e não apresentar força normativa, o preâmbulo deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem. (MORAES, 2012). De tal forma, pela sua leitura, podem-se perceber os valores estruturantes da República Federativa do Brasil, entre eles, destacadamente, os direitos individuais (liberdade, participação política) e os direitos coletivos (bem-estar):

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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. (BRASIL, 1988).

¹³⁴ Paulo de Sousa Queiroz (2001), ainda, observa o caráter subsidiário que o sistema penal deve apresentar: “Em consequência, o subsistema penal como um todo ocupa e há de ocupar, dentro do sistema social, um papel menor, secundário, já que sua função é subsidiar a vigência, em última razão, de outras instâncias de controle”. (QUEIROZ, 2001, p. 9).

¹³⁵ Alexandre de Moraes (2012) informa o conceito de preâmbulo em seu livro Direito Constitucional: “O preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento de um novo Estado”. (MORAES, 2012, p.17).

O Título I da Constituição da República¹³⁶ de 1988, por sua vez, estabelece os princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil. O enunciado do art.1º, de forma destacada, expressa que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito: “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.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Mas o que significa o Brasil ser um Estado Democrático de Direito¹³⁷? Qual o significado dessa afirmação?

Estado Democrático de Direito é a organização política baseada no poder do povo, que o exerce de forma direta ou por representantes (eleições periódicas, livres e mediante sufrágio universal). O Estado Democrático de Direito¹³⁸ tem como fundamento maior o respeito e a ascensão da dignidade humana¹³⁹, ou seja, além de garantir os direitos civis e políticos, deve promover os direitos sociais, econômicos, culturais e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Somente o Estado que busca a efetivação dos Direitos Humanos, em todas as suas dimensões, pode ser denominado um Estado Democrático de Direito. O art. I-2º da Constituição da União Europeia sintetiza todos esses valores caracterizadores de um Estado Democrático de Direito e merece ser reproduzido:

A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito dos direitos, incluindo dos direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre mulheres e homens. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 149).

José Joaquim Gomes Canotilho (2003), reconhecendo a dificuldade de uma definição precisa da dignidade humana que deve ser tutelada pelo Estado Democrático de Direito,

¹³⁶ “Nossa atual Constituição Federal apresenta a seguinte classificação: formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica”. (MORAES, 2012, p. 11).

¹³⁷ Winfried Hassemer ressalta as dificuldades de uma definição precisa de Estado de Direito: “El concepto de Estado de derecho – por supuesto mucho más que el procedimiento penal – es vago, móvil y controvertido”. (O conceito de Estado de direito – muito mais que o processo penal – é vago, móvel e controverso). (HASSEMER, 1997, p. 69, tradução nossa).

¹³⁸ José Afonso da Silva sintetiza o Estado Democrático de Direito: “É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir”. (SILVA, 2009, p.120).

¹³⁹ “Constata-se que o princípio da dignidade humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. É imposição que recai sobre o Estado de respeitar, proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade”. (GUERRA, 2013, p. 71).

destaca os direitos fundamentais como sua base. Para o pensador português, a promoção da dignidade humana deve ou vincula-se ao cumprimento dos direitos fundamentais, ou seja, a efetivação da liberdade, da participação política, do trabalho, da educação, da saúde, da moradia, da alimentação, da proteção do meio ambiente, da paz.

A densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado “dignidade da pessoa humana”. Pela análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado. Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma integração pragmática dos direitos fundamentais. Em primeiro lugar, afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável [...]. Em segundo lugar, a garantia de identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade [...]. Refletindo o imperativo social do estado de direito, aponta-se para a libertação da angústia da existência da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho, emprego e qualificação profissional e a garantia de condições existenciais mínimas através de mecanismos providenciais e assistenciais como o subsídio de desemprego e o rendimento mínimo garantido [...]. Reafirma-se, em quarto lugar, a garantia e defesa de autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do estado de direito. Finalmente, realça-se a dimensão igualdade-justiça dos cidadãos [...], igualdade perante a lei e através da lei. (CANOTILHO, 2003, p. 249).

Para Eugênio Pacelli de Oliveira (2009), o Estado Democrático de Direito se consubstancia na consolidação dos Direitos Fundamentais e tem como função servir de critério de interpretação¹⁴⁰ do Direito, especialmente, do Direito Penal e Processual Penal.

Nos passos, então, de uma formulação – menos sofisticada é certo – mais ajustada aos propósitos nacionais, o que inclui e exige uma atenção às deficiências históricas de nosso desenvolvimento, ficamos com a noção de Estado Democrático de Direito orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. (OLIVEIRA, 2009, p. 28).

De tal maneira, é por meio da Constituição¹⁴¹ que são estabelecidos os princípios fundamentais, os direitos e garantias fundamentais, a organização do Estado e dos Poderes, os fins socioeconômicos do Estado e os direitos culturais, sociais e ambientais. Ademais, a

¹⁴⁰ Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2009), dois postulados para interpretação constitucional da ordem jurídica, baseada em um Estado Democrático de Direito, devem ser observados: máxima efetividade dos direitos fundamentais e o da proibição do excesso. (OLIVEIRA, 2009, p. 28).

¹⁴¹ “O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídica-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos”. (CANOTILHO, 2003, p. 245).

Constituição¹⁴², como a lei maior do ordenamento jurídico, “exige” que todas as demais legislações respeitem seus preceitos. Como relatado por Jorge Miranda (2002), a Constituição pode ser considerada por duas perspectivas:

Uma perspectiva material – em que se atende ao seu objeto, ao seu conteúdo ou à sua função; e uma perspectiva formal - em que se atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico. (MIRANDA, 2002, p. 321).

Como verifica Jorge Miranda (2002), a Constituição exerce, pelo menos, um duplo papel: estabelecer, primeiro, quais são os valores fundamentais, e, segundo, o controle das demais legislações que lhe devem observância. Todos os ramos do Direito, seja o Direito Civil, Tributário, Trabalhista, Ambiental e, principalmente, Penal/Processual Penal, devem ter congruência com as determinações constitucionais. De acordo com o princípio da supremacia constitucional, qualquer situação jurídica encontra-se vinculada aos ditames estabelecidos pela Constituição, tanto por uma “perspectiva positiva quanto negativa”¹⁴³. Nos termos de José Afonso da Silva (2009):

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional. (SILVA, 2009, p. 46).

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2013) destaca que a supremacia constitucional vincula a todos, inclusive, o Estado, sobre as determinações nela estabelecidas, principalmente, a proteção dos Direitos Humanos.

Por constituir *norma normarum*, a Constituição vincula o próprio Estado, que deve respeitar, assim como os cidadãos, os preceitos nela estabelecidos. Como o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições, nasce, então, uma obrigação estatal de criar mecanismos de proteção do cidadão. (RIBEIRO, 2013, p. 8).

¹⁴² “A Constituição é a base da ordem jurídica, o fulcro das suas energias, o fundamento último da atividade do Estado. Estatuto definidor da vida pública, o ordenamento estadual vai entocar nas suas regras e nos seus princípios; e, assim como as leis anteriores recebem da Constituição a possibilidade de subsistir, os atos posteriores não podem, direta ou indiretamente, opor-se aos seus comandos”. (MIRANDA, 2002, p. 482). Este posicionamento para os atos públicos cabe, também, perfeitamente, para as legislações.

¹⁴³ Existem dois tipos de inconstitucionalidades: por ação e por omissão (art.102, I, “a”, e III, “a”, “b”, “c”, e art.103 e seus §§ 1º a3º). (SILVA, 2009).

Uma vez estabelecido pela Constituição que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, todos os ramos jurídicos devem obediência a essa perspectiva¹⁴⁴. De tal modo, a propriedade tem uma função socioambiental, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, é vedada a utilização de tributo com efeito de confisco, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, etc. A validade das leis encontra-se vinculada a sua conformação constitucional.

Do exposto, conclui-se, que tanto o Direito Penal quanto o Direito Processual Penal¹⁴⁵ têm como baliza os ditames constitucionais. “Instituído por princípios e regras constitucionais, o processo penal apresenta-se como um ‘microcosmos democrático do Estado-de-direito’ [...]” (RIBEIRO, 2013, p. 9). A compreensão desses institutos somente tem validade, respeitados os preceitos do Estado Democrático de Direito. Qualquer legislação que não observe essa diretriz está irremediavelmente viciada pela inconstitucionalidade. Observa Luiz Regis Prado (2007) que a lei penal deve estrita adequação ao estabelecido pela Lei Maior¹⁴⁶:

A Constituição, como marco fundante de todo o ordenamento jurídico, irradia sua força normativa para todos os setores do Direito. Todavia, tem ela particular e definitiva influência na seara penal. Isso porque cabe ao Direito Penal a proteção de bens e valores essenciais à livre convivência e ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, insculpidos na Lei Fundamental, em determinada época e espaço territorial. A relação entre Constituição e o subsistema penal é tão estreita que o bem jurídico-penal tem naquelas suas raízes materiais. (PRADO, 2007, p. 57, grifo nosso).

O Direito Processual Penal, da mesma maneira, deve obediência máxima à Constituição Federal e, conseqüentemente, aos Direitos Fundamentais nela assumidos. “Mais que isso, ou junto a isso, deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público [...]” (OLIVEIRA, 2009, p.

¹⁴⁴ A hegemonia da Constituição sobre todo o sistema normativo é uma realidade inerente ao próprio processo de criação da Lei Fundamental, alicerçado sobre a vontade do povo, detentor do poder constituinte originário. (NUCCI, 2008, p. 73).

¹⁴⁵ Guilherme de Souza Nucci (2009) informa que somente pode haver um válido Processo Penal no Brasil quando este está inserido num contexto constitucional: “Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate”. (NUCCI, 2009, p. 78).

¹⁴⁶ Magalhães Noronha (2001) chega à idêntica conclusão ao verificar o forte liame entre a Constituição e o Direito Penal: “Com o direito constitucional apresenta o penal afinidades no tocante aos conceitos de Estado, direitos individuais, políticos, sociais etc. Subordina-se, evidentemente, ao Constitucional, já que um Código Penal não pode fugir à índole da Constituição. Se está é liberal, liberal também será ele. Tal dependência é tão íntima que leva Asúa a dizer que toda nova Constituição requer novo Código Penal”. (NORONHA, 2001, p. 12).

9). Somente haverá Processo Penal válido, sendo respeitados os direitos e garantias determinados na Constituição.

O Processo surge, nesse contexto, como a forma constitucional de racionalização e regulamentação do exercício das atividades estatais. Se cabe à Constituição assegurar e declarar direitos fundamentais dos cidadãos oponíveis ao Estado, compete-lhe, também, organizar a atividade estatal de modo a impedir agravos ao pleno exercício desses direitos. Sob a égide do Processo, o cidadão encontra-se protegido das ingerências estatais que se submetem a regras prévias no Estado de Direito. (RIBEIRO, 2013, p. 9).

Winfried Hassemer (1997), em seu livro *Crítica al derecho penal de hoy*, destaca que o processo/procedimento penal não é meramente a aplicação do Direito Penal, mas, também, a aplicação do próprio Direito Constitucional. Ao se analisar o Processo Penal de um ordenamento jurídico, pode-se perceber como é a relação do Estado com seus cidadãos.

Visto de este modo, tanto en una perspectiva jurídico política como científica, tiene sentido caracterizar al procedimiento penal no solo como la realización del derecho penal material, sino también como derecho constitucional aplicado o como indicador de la respectiva cultura jurídica o política. En el derecho procesal penal y su realización práctica se encuentran los signos que califican la calidad de la relación de un Estado con sus ciudadanos con particular precisión y colorido.¹⁴⁷ (HASSEMER, 1997, p. 67).

Guilherme de Souza Nucci (2009) leciona que o Processo Penal deve ser compreendido a partir de um enfoque constitucional e o intérprete deve observar os ditames estabelecidos pelos direitos e garantias fundamentais nela inseridos. A relação e o respeito aos ditames constitucionais é imprescindível.

Não se pode visualizar a relação que o Processo Penal possui com o Direito Constitucional, como se este fosse uma ciência correlata ou um corpo de normas de igual valor, o que não ocorre. Devemos partir da visão constitucional de direito e democracia, diferenciando direitos e garantias fundamentais, bem como os direitos e garantias humanas fundamentais, para atingir, a partir disso, uma correta e ampla visão do processo penal. (NUCCI, 2009, p. 78).

Ada Pellegrini Grinover (2013), por sua vez, ainda, informa que a Constituição institui os princípios estruturantes do processo¹⁴⁸. Denominado de Direito Processual

¹⁴⁷ Visto desta forma, tanto do ponto de vista jurídico-político quanto científico, procedimento criminal não é, apenas, a conclusão do Direito Penal, mas também como a aplicação da lei constitucional ou como um indicador da respectiva cultura jurídica ou política. O Processo Penal e sua realização prática são sinais de que avaliam a qualidade da relação dos cidadãos com um Estado particularmente preciso. (tradução nossa).

¹⁴⁸ De acordo com Ada Pellegrini Grinover (2013), os princípios estruturantes são “as ideias diretivas básicas do processo e são de índole constitucional”. “Citem-se como exemplos: o acesso à justiça, a universalidade da jurisdição, o juiz natural, sua imparcialidade, a ação e a defesa, o contraditório, a motivação e a publicidade, a

Constitucional, não é um ramo autônomo do Direito Processual, mas um exame metodológico e sistemático das relações do processo com a Constituição. Destaca a pensadora que a tutela constitucional do processo apresentaria uma dupla função: a) direito ao processo (direito de ação e defesa); b) direito no processo (as garantias do devido processo legal). (GRINOVER, 2013).

Diante do exposto, somente poderá existir Direito Penal e Direito Processual Penal válidos e legítimos, quando seus princípios e normas harmonizarem-se com a Constituição da República e, por sua vez, com os ditames de um Estado Democrático de Direito. Caso não seja desta maneira, constata-se um desvio do Direito Penal e do Direito Processual Penal inaceitáveis que, geralmente, acabam servindo de instrumento para um regime autoritário.

5.2 O Processo Penal¹⁴⁹ e seus princípios reguladores

O Estado, ao regular as condutas dos seus cidadãos, estabelece “incentivos e sanções”. As leis reguladoras dos fatos e relações sociais versam sobre as mais diferentes perspectivas da vida, tais como a família, o comércio, os tributos, a propriedade, o trabalho, o meio ambiente, etc. Se não existissem as leis e consequências para o seu descumprimento, não haveria condições para a vida em comunidade, instituindo-se uma verdadeira anarquia. Cada indivíduo faria o que bem entendesse, violando a esfera de liberdade dos demais e, dessa maneira, todo agrupamento humano seria caótico. (TOURINHO FILHO, 2002).

Ao instituir as leis e suas consecutivas sanções, o Estado valora os bens jurídicos. Alguns destes, devido a sua importância para a comunidade, recebem a tutela do Direito Penal¹⁵⁰, ou seja, suas lesões são consideradas de enorme gravidade para a ordem jurídica. “O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos

duração razoável do processo etc. Trata-se de princípios que têm à sua raiz a Constituição”. (GRINOVER, 2013, p. 3-4).

¹⁴⁹ O sistema processual adotado no Brasil é o acusatório, que pode ser assim caracterizado, nos termos de Eugênio Pacelli de Oliveira (2009): “No sistema acusatório, além de se atribuir a órgãos diferentes de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação”. (OLIVEIRA, 2009, p. 9).

¹⁵⁰ “Em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor”. (ROXIN, 2009, p.18).

mais importantes”¹⁵¹. (TOURINHO FILHO, 2002, p. 53). Assim, nem todas as ações que prejudicam bens jurídicos são sancionadas pelo Direito Penal, respondendo, o infrator, perante os outros ramos do Direito. O Direito Penal protege, apenas, os bens imprescindíveis.

De tal maneira, quando bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal são lesados, surge o *jus puniendi*. Nasce o dever-poder¹⁵² do Estado de exigir o cumprimento da norma penal, ou seja, a punição do infrator. Um conflito de interesses (lide¹⁵³) entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis* deverá ser solucionado.

Como a pena atinge a própria pessoa do delinquente e lhe inflige um mal como retribuição ao ilícito praticado, - é imprescindível um controle jurisdicional *a priori* sobre sua aplicação. O direito punitivo é de coação indireta: sem que se resolva o conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do réu, não pode tornar-se efetiva a sanção penal cominada. (MARQUES, 2002, p.111).

Afastando-se da autotutela¹⁵⁴, era indispensável à resolução do litígio, e, por conseguinte, a justa e pacífica aplicação da lei, um terceiro. Imperioso que este terceiro fosse “extremamente forte”, de maneira que suas decisões fossem respeitadas e obedecidas. Este terceiro somente poderia ser o Estado¹⁵⁵. Hoje, somente o Estado detém o monopólio da administração da justiça e, conseqüentemente, o dever de garanti-la. (TOURINHO FILHO, 2002).

Diante de um delito, surge a pretensão punitiva do Estado, que somente pode ser realizada em um Estado Democrático de Direito, por meio de regras anteriormente estabelecidas¹⁵⁶. Objetiva-se evitar os abusos cometidos pelo Estado e assegurar ao acusado o direito de se defender amplamente, pois, entre as sanções estatais, a pena é a mais grave. (NUCCI, 2009).

¹⁵¹ Princípio da Fragmentariedade ou *ultima ratio*.

¹⁵² Como os interesses e bens tutelados pelo Direito Penal são fundamentais e essenciais para a comunidade, o Estado, ao contrário de outros interesses ou bens, não permite que a aplicação do preceito sancionador fique ao alvedrio do particular. Quando ocorre uma infração penal, o Estado, também, sofre uma lesão como representante da sociedade perturbada pela inobservância da lei. (TOURINHO FILHO, 2002).

¹⁵³ Pretensão resistida. Sérgio Luiz Sousa Araújo (1999) observa que, mesmo o autor não se opondo, apresenta-se uma lide: “Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara o *jus libertatis* do indigitado autor do crime”. (ARAÚJO, 1999, p. 25).

¹⁵⁴ Defesa do direito pelos próprios litigantes, geralmente, utilizando-se da força. Pode propiciar verdadeiras injustiças, pois dá margem para que o ofendido (porventura mais fraco) sucumba ao ofensor.

¹⁵⁵ Como leciona Sérgio Luiz Sousa Araújo (1999): “Como se percebe, somente o Estado é que podia ser esse terceiro. Então, o Estado chamou a si, avocou a tarefa de administrar justiça, isto é, a tarefa de aplicar o direito objetivo aos casos concretos, dando a cada um o que é seu”. (ARAÚJO, 1999, p. 21).

¹⁵⁶ A relação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, nos termos de Jorge de Figueiredo Dias (2004), é de complementaridade funcional: “Do exposto deriva que a relação entre direito penal e direito processual é, sob diversos pontos de vista, uma relação de complementaridade funcional que, só ela, permite também concebê-los como participantes de uma mesma unidade”. (DIAS, 2004, p. 28).

O Processo¹⁵⁷ Penal¹⁵⁸, de tal forma, é um conjunto de ditames legais que objetivam regular as maneiras, os meios e os órgãos incumbidos de punir do Estado, concretizando-se por meio do Poder Judiciário, determinado pelo texto constitucional para aplicação da lei perante a infração cometida. (NUCCI, 2009). “O Processo vem sendo entendido no Brasil como forma instrumental de exercício do poder jurisdicional e meio para consecução das funções judiciárias, limitando-se a aplicar o Direito ao caso concreto”. (NASCIMENTO, 2008, p. 51).

Jorge de Figueiredo Dias (2004) relata que “a função essencial deste (Processo Penal) cumpre-se na decisão sobre se, na realidade, se realizou em concreto um tipo-legal de crime e, em caso afirmativo, na decisão sobre a consequência jurídica que dali deriva”. (DIAS, 2004, p. 36).

Uma vez que o Processo Penal possibilita uma possível aplicação de pena, *nulla poena sine iudicio*, e, entre elas, a mais grave, qual seja, a privação da liberdade, é necessário que a instrumentalidade do Processo esteja a serviço da realização do projeto democrático¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Antônio Scarance Fernandes (2007), assim, leciona sobre o Processo: “É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do valor dado ao intervencionismo estatal na sociedade e na vida dos indivíduos. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da Defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É mediante o processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa”. (FERNANDES, 2007, p. 35).

¹⁵⁸ Ada Pellegrini Grinover (2013) define o instituto do processo: “Etimologicamente derivando do latim *procedere* (seguir adiante), o termo processo significa marcha avante ou caminhada. Por isso, durante muitos séculos o processo foi confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o situavam nesse plano. Mas, a partir da famosa obra de Oskar Von Büllow (Pressupostos processuais e das exceções dilatórias), de 1868, a doutrina percebeu que o processo pode ser encarado não só pelo aspecto dos atos em que se corporifica, mas também pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. [...] Define-se processo judicial como o instrumento pelo qual a jurisdição opera”. (GRINOVER, 2013, p. 47). Procedimento é assim definido pela mesma autora: “[...] meio externo pelo qual o processo se instaura, se desenvolve e termina, sendo sua manifestação extrínseca, a sua realidade perceptível”. (GRINOVER, 2013, p. 47). Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2013), versando sobre Processo e Procedimento, nos termos de Fazzalari, esclarece a diferença entre ambos, destacadamente pela presença do contraditório: “O Procedimento representa uma estrutura extraída do texto normativo que confere legitimidade ao provimento estatal; o Processo, marcado pelo contraditório, a participação do jurisdicionado nas decisões que lhe dizem respeito”. (RIBEIRO, 2013, p. 24, grifo nosso).

¹⁵⁹ Sérgio Luiz Souza de Araújo afirma que a instrumentalidade técnica do Processo Penal vincula-se a uma participação simétrica dos envolvidos: “A instrumentalidade técnica do processo, nessa perspectiva do Direito contemporâneo, não poderia, jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do processo está em que ele constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulte se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão seus efeitos”. (ARAÚJO, 1999, p. 156). Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro coaduna com esse pensamento, verificando que a participação confere legitimidade à decisão proferida: “Sendo instrumento de participação, o Processo é, ao mesmo tempo, uma liberdade assegurada que confere legitimidade à decisão estatal. Ele se apresenta como uma estrutura normativa capaz de fazer com que, ao final, havendo ou não condenação, possam as partes entender o porquê da decisão”. (RIBEIRO, 2013, p. 41).

Desta maneira, percebe-se o escopo constitucional-garantidor, exigindo que o Processo Penal assegure a eficácia plena dos direitos e garantias fundamentais. O Processo Penal é a garantia de participação igualitária na formação dos provimentos estatais. O Processo Penal deve assegurar uma participação, em sua estrutura democrática, paritária entre os participantes que receberão suas consequências.

Assim, imprescindível é a observância dos princípios processuais penais e constitucionais para uma válida e legítima decisão. Somente um processo desenvolvido dentro dessas garantias fundamentais resultará em um provimento que se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Os princípios são postulados que se disseminam por todo o ordenamento jurídico, trazendo um modelo de integração, interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo, estabelecendo objetivos maiores a seguir. (NUCCI, 2009). “Princípios são enunciados deônticos que sedimentam e cristalizam valores e políticas no ordenamento jurídico”. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 45). De tal forma, o conhecimento dos Princípios do Processo Penal possibilita o entendimento lógico e harmônico do sistema, auxiliando na sua compreensão, interpretação e integração.

Guilherme de Souza Nucci (2009) divide os princípios que regem o Direito Processual Penal¹⁶⁰ em três categorias: princípios constitucionais explícitos do Processo Penal; princípios constitucionais implícitos do Processo Penal e princípios de Processo Penal¹⁶¹. (NUCCI, 2009).

5.2.1 *Princípios constitucionais explícitos do processo penal*

Os princípios constitucionais explícitos do processo penal podem ser concernentes ao indivíduo, à relação processual e à atuação do Estado. Os princípios constitucionais explícitos referentes ao indivíduo são subdivididos em: princípio da presunção de inocência, princípio da ampla defesa e princípio da plenitude de defesa.

De acordo com o princípio da presunção de inocência¹⁶² ou não culpabilidade, apenas depois de um julgamento, proferido pelo órgão constitucionalmente definido,

¹⁶⁰ “O princípio do devido processo legal é sem dúvida, o aglutinador dos inúmeros princípios processuais penais (BRASIL, 1988, art.5º, LIV). Constitui o horizonte a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, fazendo valer os direitos e garantias humanas fundamentais”. (NUCCI, 2009, p. 95).

¹⁶¹ Não é uniforme na doutrina a eleição dos princípios que regem o Processo Penal. Procurou-se seguir, nesse texto, às orientações do doutrinador Guilherme de Sousa Nucci (2009).

¹⁶² Art. 5º, LVII, da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988).

respeitadas as regras do devido processo, será permitido atribuir a alguém a culpa pela prática de um crime e impor a sanção correspondente. “Nenhuma condenação será proferida sem prova da culpabilidade. Mais que isso, é essencial que haja prova segura e indubitosa da conduta criminosa atribuída ao acusado”. (GRINOVER, 2013, p. 14). É muitas vezes identificado na famosa frase *in dubio pro reo*, ou seja, perante dúvidas sobre a ocorrência do fato ou de elementos e agravantes da incriminação, a incerteza deve militar em favor do acusado. Como leciona Jorge de Figueiredo Dias (2004):

Relativamente, porém, ao fato sujeito a julgamento o princípio aplica-se sem qualquer limitação, e, portanto, não apenas aos elementos fundadores e agravantes da incriminação, mas também às causas de exclusão da ilicitude [...], de exclusão da culpa [...] e de exclusão da pena [...], bem como às circunstâncias atenuantes, sejam elas modificativas ou simplesmente gerais. Em todos estes casos a persistência de dúvida razoável após a produção da prova tem de atuar em sentido favorável ao arguido [...]. (DIAS, 2004, p. 215).

O princípio da ampla defesa^{163;164} pode ser entendido como a concessão ao réu dos mais amplos e extensos¹⁶⁵ métodos e maneiras para se defender da imputação feita pela acusação. Uma vez que o Estado é a “parte mais forte do processo” (dispõe de órgãos e tem informações, geralmente, maiores do que o acusado), ao réu se concede um tratamento diferenciado como uma “compensação pela força maior estatal”. (NUCCI, 2009). Compreende-se como a ampla defesa, que o réu tem direito à defesa, mas não a qualquer defesa. Imperativo que o acusado tenha uma defesa técnica digna de preservar seus direitos. Deve-se dar ao réu a mais ampla forma da participação na formação do convencimento do juiz, ou seja, na busca da proteção do seu *jus libertatis*.

O princípio da plenitude de defesa, geralmente, é considerado como sinônimo do princípio da ampla defesa ou como uma extensão ou ratificação deste, entretanto, nem a lei, e muito menos a Constituição, contêm palavras inúteis. Amplo significa vasto, abundante, largo; enquanto, pleno quer se referir a absoluto, completo, perfeito. A diferença se justifica, pois, no processo criminal perante o juiz togado, a defesa deve ser ampla, por sua vez, perante

¹⁶³ Art. 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹⁶⁴ “A concepção moderna do denominado *rechtliches Gehör* (garantia de ampla defesa), reclama, indubitavelmente, para sua verificação, seja qual for o objeto do processo, a conjugação de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (*Nemo inauditus damnari potest*); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade)”. (TUCCI, 2011, p. 155).

¹⁶⁵ Eugênio Pacelli Oliveira (2009) esclarece: “Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”. (OLIVEIRA, 2009, p. 41).

o Tribunal do Júri, a defesa deve ser plena. Como no Tribunal do Júri as decisões são tomadas sem fundamentação, prevalecendo a oralidade e a concentração de provas, o constituinte entendeu ser o acusado merecedor da defesa “completa e perfeita”. (NUCCI, 2009).

O princípio constitucional explícito concernente à relação processual, por sua vez, se traduz no princípio do contraditório¹⁶⁶. O princípio do contraditório apregoa que a toda afirmação fática ou prova apresentada, feita no processo, por uma das partes, tem a parte contrária o direito de se manifestar, havendo uma perfeita equiparação. De tal modo, o contraditório exige, para sua consubstanciação, a informação e a possibilidade de reação. A observância do contraditório deve ser plena¹⁶⁷, ou seja, desde o início até o encerramento do processo, e efetiva (não apenas formal, mas possibilitando meios/condições reais de contrariar o adversário). Jorge de Figueiredo Dias (2004) destaca a necessidade de uma igualdade de oportunidades no Processo Penal:

Cabendo ao juiz penal, nos termos do princípio da investigação acima mencionado, cuidar em último termo do conseguimento das bases necessárias à sua decisão, não deve ele, todavia, levar a cabo a sua atividade solitariamente, mas deve para tanto ouvir quer a acusação quer a defesa. É este, *prima facie*, o sentido e conteúdo das velhas máximas *audiatur et altera pars* (com especial atenção ao papel da defesa, historicamente o que mais vezes foi esquecido e aviltado) e *nemo potest inauditum damnari*. (DIAS, 2004, p. 149).

Os princípios constitucionais explícitos concernentes à atuação do Estado são: o princípio do juiz natural, o princípio da publicidade e o princípio da vedação das provas ilícitas.

O princípio do juiz natural¹⁶⁸, que tem origem no Direito anglo-saxão, remete à ideia de vedação de tribunais de exceção¹⁶⁹, ou seja, busca-se proibir a instituição de um órgão julgador exclusivo para o processo e o julgamento de uma infração penal determinada. O juiz

¹⁶⁶ Art. 5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹⁶⁷ Explicando a diferença entre o contraditório tratando-se de direitos disponíveis e indisponíveis, Ada Pellegrini Grinover (2013) aduz: “Tratando-se de direitos disponíveis (demandas cíveis entre maiores, capazes, sem relevância para a ordem pública), não deixa de haver pleno funcionamento do contraditório ainda que a contrariedade não se efetive. Basta a oportunidade de contradizer. É o caso do réu em processo civil que, citado pessoalmente, fica revel. Mas, sendo indisponível o direito, o contraditório precisa ser efetivo, real e equilibrado: mesmo revel o réu em processo crime, o juiz dar-lhe-á defensor (CPP, arts. 261 e 263) e entende-se que, feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado”. (GRINOVER, 2013, p. 18).

¹⁶⁸ Nos termos de Rogério Lauria Tucci (2011), no processo penal não deve haver, apenas, o juiz natural, mas também, o promotor natural: “A pessoa física envolvida na *persecutio criminis* deve ser não só julgada, mas, também, acusada, por órgão independente do Estado, previamente indicado em lei, na qual especificadas atribuições correspondentes a cargos fixos, em consonância com critérios adrede estabelecidos”. (TUCCI, 2011, p. 121).

¹⁶⁹ Art. 5º, XXXVII da Constituição Federal: “não haverá juízo ou tribunal de exceção.” (BRASIL, 1988).

competente¹⁷⁰ para o julgamento da causa deve ter sido designado, previamente, de acordo com a lei e com as disposições constitucionais. Explica Eugênio Pacelli de Oliveira (2009):

O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida derive de fontes constitucionais. E a razão de tal exigência assenta-se na configuração do nosso modelo constitucional republicano, em que as funções do Poder Público e, particularmente, do Judiciário, têm distribuição extensa e minudente. (OLIVEIRA, 2009, p. 33).

Nos termos de Aury Lopes Júnior (2011) o princípio do juiz natural “consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 426).

De acordo com o princípio da publicidade¹⁷¹, a regra geral é que os atos processuais são realizados publicamente para que, assim, se permita o acesso à informação e o controle destes pelos envolvidos e pelos cidadãos. De tal forma, a publicidade¹⁷² dos atos deve ser plena, e, apenas, em hipóteses expressas¹⁷³ e como exceções, se permite uma publicidade restrita (defesa da intimidade e interesse social). Fernando da Costa Tourinho Filho (2002) aduz que: “A significação da Justiça Penal é tão grande, o interesse da comunidade no seu manejo e em seu espírito é tão importante, a situação da Justiça, na totalidade da vida pública, é tão problemática, que seria simplesmente impossível eliminar a publicidade dos debates judiciais.” (TOURINHO FILHO, 2002, p. 42).

¹⁷⁰ Art. 5º, LIII, da Constituição Federal: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.” (BRASIL, 1988).

¹⁷¹ Art. 5º, LX, da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹⁷² Ada Pellegrini Grinover (2013) faz uma observação interessante sobre a exasperação da publicidade: “Publicidade, como garantia política – cuja finalidade é o controle pela opinião pública sobre os serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo”. (GRINOVER, 2013, p. 22).

¹⁷³ Sobre o inquérito policial destaca Antônio Scarance Fernandes (2007): “Na fase do inquérito policial, deve a autoridade policial assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art. 20 do CPP). Esse sigilo não pode, contudo, impedir o acesso de advogados aos autos de inquérito, que lhes é assegurado pelo artigo 7º, XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil”. (FERNANDES, 2007, p. 75).

O princípio da vedação das provas ilícitas¹⁷⁴ deve ser analisado sob duas perspectivas: primeiro, é proibido o que é materialmente ilícito (a forma como a prova foi colhida é vedada por lei) e, segundo, é proibido o que é formalmente ilícito (a maneira como a prova foi introduzida no processo é vedada por lei). Em ambas as situações, a prova ilícita é imprestável e não deve ter acolhida dentro do processo que respeita e garante o Estado Democrático de Direito. “A inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo”. (OLIVEIRA, 2009, p. 332).

5.2.2 Princípios constitucionais implícitos do processo penal

Os princípios constitucionais implícitos do processo penal também podem ser concernentes ao indivíduo, à relação processual e à atuação do Estado.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2009), os princípios constitucionais implícitos concernentes ao indivíduo são: o princípio da prevalência do interesse do réu (*favor rei*) e o princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*). (NUCCI, 2009).

De acordo com o princípio do *favor rei*, em um Estado democrático, que tem como critério maior a liberdade e a autonomia da pessoa humana, perante um conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, deve prevalecer o triunfo da liberdade. (TOURINHO FILHO, 2002). “O *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca [...] a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu¹⁷⁵”. (TOURINHO FILHO, 2002, p. 71).

O princípio de que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo¹⁷⁶ é autoexplicativo, ou seja, ninguém é obrigado a autoincriminar-se¹⁷⁷. Cabe ao Estado provar a ocorrência do ilícito penal e o réu não tem obrigação alguma de contribuir na *persecutio*

¹⁷⁴ Art. 5º, LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL, 1988).

¹⁷⁵ Citem-se como exemplos do princípio do *favor rei*: art. 386, VI, do Código de Processo Penal (absolvição por falta de provas), art. 617 do Código de Processo Penal (vedação da *reformatio in pejus*), art. 621 do Código de Processo Penal (revisão criminal somente para o réu). (BRASIL, 1941).

¹⁷⁶ O art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assegura o direito do réu de não depor contra si mesmo.

¹⁷⁷ Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

criminis. Como salientando por Eugênio Pacelli de Oliveira (2009), a proibição à autoincriminação e o direito ao silêncio “não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse”. (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

Os princípios constitucionais implícitos concernentes à relação processual são dois: princípio da iniciativa das partes e princípio do duplo grau de jurisdição.

O princípio da iniciativa das partes se refere à proibição de o magistrado, de ofício, dar início à ação penal, cabendo essa responsabilidade à parte acusadora (Ministério Público, ou particular, nos casos em que a lei permite). Como decorrência do sistema acusatório e para garantia da imparcialidade, a inércia da jurisdição significa que o poder apenas deverá ser exercido pelo magistrado mediante anterior provocação. (LOPES JÚNIOR, 2011). Ademais, deve o juiz decidir nos estritos limites em que foi estabelecido o pedido, não lhe sendo possível acrescentar ou piorar a situação do réu. (NUCCI, 2009).

O princípio do duplo grau de jurisdição assegura às partes a possibilidade do reexame da causa por um órgão jurisdicional superior. É uma característica típica do ser humano o inconformismo e, como os juízes estão, também, sujeitos à falibilidade, é imprescindível a possibilidade de revisão da decisão pela parte não vencedora. Nada mais salutar, desta forma, que viabilizar uma nova análise da causa por um órgão superior e mais capacitado (tanto pela experiência maior dos desembargadores, quanto pelo número de julgadores). Aliás, “embora não haja texto expreso na Lei Maior, o que se infere do nosso ordenamento jurídico é que o duplo grau de jurisdição é uma realidade incontestável”. (TOURINHO FILHO, 2002, p. 73).

Por sua vez, os princípios constitucionais implícitos concernentes à atuação do Estado são: princípio do juiz e promotor imparcial, princípio da indisponibilidade da ação penal, princípio da intranscendência e princípio da proibição da dupla punição e do duplo processo pelo mesmo fato.

Inadmissível, em um Estado Democrático de Direito, que o réu seja acusado ou julgado sem imparcialidade. A independência do magistrado e do membro do Ministério Público procura assegurar um julgamento imparcial do réu, ou seja, a inexistência de interesses particulares dos representantes estatais envolvidos. Quando o Estado avocou o compromisso da administração da justiça, “herdou”, como consequência, o imperativo da neutralidade. “A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes

ativa e passiva.” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 129). A tarefa da função jurisdicional é consonante com a ausência de interesses particulares na resolução da causa submetida. Essa isenção de interesses particulares, tanto do magistrado quanto do membro do Ministério Público, materializa o princípio do juiz e do promotor imparcial. “A incapacidade subjetiva do juiz (e do promotor), que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual”. (GRINOVER, 2013, p. 11). De tal maneira, a Constituição Federal de 1988, com o objetivo de assegurar a isenção do magistrado e do promotor, assegurou uma série de garantias (art. 95 e art. 128, I)¹⁷⁸ e vedações (art. 95, parágrafo único e art. 128, II)¹⁷⁹.

Ao Estado cabe promover a ação penal (excetuadas as ações penais privadas). Como a persecução penal é um dever estatal, o Ministério Público é obrigado¹⁸⁰ a intentar a ação penal se diante de uma ação ou omissão, a seu julgo, configurar a existência de um delito. A obrigação de promover a ação penal indica que não se reserva ao *parquet* a possibilidade de um juízo de discricionariedade, ou seja, não se permite qualquer liberdade de escolha sobre a conveniência ou oportunidade da iniciativa penal. (OLIVEIRA, 2009). Esse imperativo consubstancia o princípio da indisponibilidade da ação penal ou obrigatoriedade da ação penal.

O princípio da intranscendência, por sua vez, determina que a ação penal seja proposta somente contra os responsáveis pelo cometimento do delito. O princípio da intranscendência do processo penal é o corolário do princípio da responsabilidade pessoal da pena. Tanto o delito não pode ser imputado a quem não praticou a infração penal quanto quem

¹⁷⁸ Art. 95 da Constituição Federal: “Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”. Art. 128, I, da Constituição Federal: “I - as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I”. (BRASIL, 1988).

¹⁷⁹ Art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal: “Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. Art. 128, II, da Constituição Federal: “as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer atividade político-partidária; f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei”. (BRASIL, 1988).

¹⁸⁰ O artigo 79 da Lei nº9.099/95 (Juizados especiais) constitui uma exceção da indisponibilidade do processo (possibilidade de transação penal quando não houve tentativa na fase preliminar).

não praticou não pode sofrer os efeitos da sentença condenatória. A imputação de um crime só pode ser atribuída ao agente que agiu com dolo ou culpa (princípio da culpabilidade). “A imputação da prática de um delito não pode ultrapassar a pessoa do agente, envolvendo terceiros, ainda que possam ser considerados civilmente responsáveis pelo delinquente”. (NUCCI, 2008, p. 102).

Pelo princípio da proibição da dupla punição e do duplo processo, veda-se que uma pessoa possa ser processada ou punida duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*). A partir do momento em que há uma sanção penal, logicamente, não se torna mais possível sancionar novamente o agente pela mesma conduta¹⁸¹. Configura uma afronta à dignidade da pessoa humana punições “infindáveis” pelo mesmo fato, ostentando que o poder estatal não conhece limites. Configura-se um verdadeiro abuso do poder punitivo estatal. (NUCCI, 2009).

5.2.3 Princípios do processo penal

Todos os princípios anteriormente mencionados pertencem ao Processo Penal e têm suas origens na Constituição Federal de 1988, como, também, estão consagrados no Código de Processo Penal. Guilherme de Souza Nucci (2009) relata que existem diversos¹⁸² princípios próprios do Processo Penal, no entanto, dois merecem destaque especial devido à importância para a disciplina: princípio da verdade real e princípio da persuasão racional. (NUCCI, 2009).

Antes de retratar o princípio da busca da verdade real¹⁸³, uma observação se faz necessária. Verifica-se que o conceito de verdade é relativo e que existe uma irrealizável possibilidade de se reproduzir, nos autos, uma autêntica e totalmente fidedigna reprodução da conduta delituosa. “O processo penal, na condição de processo de conhecimento, tão somente pode almejar uma verdade relativa¹⁸⁴, submetida a condicionantes que, além de restrições de linguagem, impõem limites próprios do modelo jurídico adotado pelo ordenamento”. (PINTO, 2012, p. 86). Dessa maneira, não se pode assegurar que o juiz tenha a verdadeira reprodução

¹⁸¹ Não exclui, necessariamente, no direito pátrio, a punição administrativa.

¹⁸² Citem-se, como exemplos: princípios regentes do Tribunal do Júri, princípio da oralidade, princípio da indivisibilidade da ação penal privada, princípio do impulso oficial, princípio da comunhão da prova.

¹⁸³ Aury Lopes Júnior (2011) destaca que a busca da verdade real já autorizou as maiores atrocidades pelos sistemas políticos autoritários. “O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor)”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 550).

¹⁸⁴ Felipe Martins Pinto, em sua obra “Introdução crítica ao processo penal”, rejeita a verdade no processo penal a partir da teoria da correspondência relatando três impossibilidades: “ideológica, teórica e prática”. (PINTO, 2012, p. 83).

do fato, mas, apenas, e tão somente, a certeza (crença nessa conformidade) do acontecimento do delito. É inexequível a busca de uma verdade ontológica, no Processo Penal, uma vez que este é conduzido e julgado por homens falíveis em suas avaliações e cujas ferramentas de pesquisa do acontecido são insatisfatórias.

O que o princípio da busca da verdade real propõe, no entanto, é que pode o magistrado buscar provas do fato, para formar seu convencimento, não se limitando com o que é apresentando pelas partes do processo. Diferentemente do que o ocorre no Processo Civil, onde prevalece a chamada verdade formal, ou seja, o juiz se limita ao alegado e provado pelas partes, no Processo Penal, por lidar com direitos e interesses indisponíveis, o magistrado pode não se contentar com o apresentado pelas partes e tomar a iniciativa para a produção de provas¹⁸⁵.

O princípio da persuasão racional assegura que o juiz forma seu convencimento livremente, sem vinculação legal¹⁸⁶ a nenhuma espécie de prova. Conforme estabelece o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial [...]” (BRASIL, 1941). Não existe uma hierarquia¹⁸⁷ entre as provas apresentadas, ou seja, uma prova não tem um valor probatório, de antemão, superior às outras. Cabe ao magistrado, dessa maneira, apreciar as provas produzidas no processo e dar o valor que julgar pertinente. Não existe, no Brasil, um sistema legal de provas, estabelecendo uma tabela de valoração, previamente, prevista em lei. Assim, imperativo é analisar, pelo juiz, as especificidades/peculiaridades de cada caso concreto. Apesar de o magistrado não estar preso a nenhuma prova específica na formulação de seu entendimento, deve, no entanto, justificar sua decisão. A fundamentação da decisão é uma garantia de que todos os pontos probatórios foram analisados, constituindo um direito inviolável previsto constitucionalmente (BRASIL, 1988, art. 93, IX)¹⁸⁸. “A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo), refutáveis e de argumentos

¹⁸⁵ Citem os exemplos do art. 209 (ouvir testemunhas além das indicadas), art. 234 (possibilidade de juntar documento sem requerimento das partes) e art. 147 (verificação da falsidade de ofício) todos do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941).

¹⁸⁶ Exceções existem, mas vinculadas pela natureza do fato. Guilherme Souza Nucci (2009) aduz os seguintes exemplos: “a inimizabilidade do agente depende, necessariamente, de exame pericial, pois somente o médico pode atestar a existência de doença mental; os crimes que deixam vestígios materiais demandam a realização de exame pericial; prova-se a morte do agente, para fim de extinção da punibilidade, com a apresentação do atestado de óbito”. (NUCCI, 2009, p. 110).

¹⁸⁷ Aury Lopes Júnior (2011) lembra que era comum a confissão ser considerada uma prova absoluta e uma única testemunha não ter valor algum. (LOPES JÚNIOR, 2011).

¹⁸⁸ Art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

jurídicos válidos é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 545).

5.3 A ilegitimidade da utilização do processo penal nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica

No capítulo quarto verificou-se que a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a grande importância do meio ambiente para a sociedade, estabeleceu a tríplice responsabilização pelos danos ambientais. Assim, os poluidores, pessoas físicas ou jurídicas, respondem pelas lesões ao meio ambiente no âmbito civil, administrativo e penal.

Com o advento da Lei n° 9.605/98, foi regulamentado¹⁸⁹ o art. 225, §3°, da Carta da República e estabelecidas foram as punições administrativas e penais para os danos contra o meio ambiente. Ademais, a Lei n° 9.605/98 dispôs que não somente as pessoas físicas seriam responsáveis penalmente pelos danos ambientais, mas, também, as pessoas jurídicas. Surge, a partir desse instante, no ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade do ente moral de responder por crimes, mais precisamente, por crimes contra o meio ambiente. Cite-se o art. 3° da Lei n° 9.605/98:

Art. 3° As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o 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. (BRASIL, 1998, grifo nosso).

A questão que se propõe discutir nos próximos tópicos é se é vantajosa e, até mesmo, lícita, a responsabilização penal da pessoa jurídica por danos ambientais. Procura-se observar essas perspectivas cotejando com os ditames e os princípios do Processo Penal. O que se procurará demonstrar é que o processo penal não é o instrumento mais apto/lícito a promover a proteção do meio ambiente diante de danos cometidos pelas pessoas jurídicas e, assim, a contradição e ilegitimidade de sua utilização.

¹⁸⁹ Vide capítulo 4, item 4.2.2 (A Lei n° 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais)).

5.3.1 *O processo penal instrumentaliza a possibilidade da pena de privação de liberdade, o que não é possível no caso da pessoa jurídica*

O Direito Penal, como anteriormente detalhado, procura tutelar os bens jurídicos mais importantes para uma sociedade. É constituído por um conjunto de normas jurídicas que estabelecem quais são as infrações penais e suas correspondentes sanções (medidas de segurança e pena). Jorge de Figueiredo Dias (2004) aduz que o Direito Penal “serve a aludida função de proteger os bens e valores fundamentais da comunidade através da prevenção de lesões que sejam de reocar no futuro (função preventiva) e da punição de lesões que já tiveram lugar (função repressiva)”. (DIAS, 2004, p. 26).

Zaffaroni e Pierangeli (2010) definem o Direito Penal ou a legislação penal como “o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave [...]” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 79). Essa coerção juridicamente grave é denominada pena.

De tal maneira, uma vez cometido um ilícito penal, a “resposta do Direito” deve ser severa. Por meio das sanções penais ou, simplesmente, penas, objetiva-se que não ocorra lesão a esses bens jurídicos fundamentais e, caso isso não seja possível, que a reprovação da conduta seja rigorosa.

A compreensão da natureza das sanções penais de um ordenamento jurídico somente é possível mediante a pesquisa da concepção de Estado existente¹⁹⁰. Os fins e a natureza das penas encontram-se “umbilicalmente” vinculadas à natureza do próprio Estado. Assim, em Estados democráticos, prevalece a ideia e o objetivo de penas que respeitem a dignidade humana; por sua vez, em Estados déspotas, as penas, geralmente, não encontram limites¹⁹¹. O Brasil, constituído em um Estado Democrático de Direito, assume o compromisso de respeito aos Direitos Humanos, vedando as penas que não respeitem esse paradigma. O art.5º, XLVII,

¹⁹⁰ Como leciona Cezar Roberto Bitencourt (2012) sobre a relação entre Estado, pena e culpabilidade: “O Estado utiliza da pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados, a tal ponto que a uma determinada teoria do Estado corresponde uma teoria da pena, e com base na função e finalidade que seja atribuída a esta, é possível deduzir um específico conceito dogmático de culpabilidade”. (BITENCOURT, 2012, p. 128).

¹⁹¹ Paulo de Sousa Queiroz (2001) leciona que conhecer os limites do direito de punir é conhecer os fins do próprio Estado: “Definir, ou redefinir, os fins e os limites do direito de punir supõe, portanto, conhecer, antes, os fins e os limites do próprio Estado. E o faz a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, fixando as bases e os limites do direito penal, que é o braço armado da Constituição Nacional”. (QUEIROZ, 2001, p. 122).

da Constituição Federal de 1988, enuncia as penas vedadas no ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII - 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. (BRASIL. 1988).

De tal modo, a Constituição da República de 1988 limita as espécies de penas que pode o legislador estabelecer para as condutas consideradas de alta gravidade. Por mais importante que um bem jurídico possa ser para a sociedade, vedada está sua proteção por meio das sanções mencionadas na Constituição Federal (art. 5º, XLVI). Aliás, a própria Carta Magna, no seu art. 5º, XLVI, apresenta um rol das penas que poderão ser utilizadas pela Lei para sancionar as condutas prejudiciais aos bens jurídicos primordiais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - 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. (BRASIL. 1988).

Das penas estipuladas no texto constitucional, sem dúvida alguma, a mais rigorosa é a pena da privação¹⁹² ou da restrição da liberdade. Procura-se, com a privação ou restrição da liberdade, atender aos ideais da prevenção especial¹⁹³ negativa, ou seja, afastar ou tolher do convívio social o criminoso. Dentro dessa perspectiva, a pena teria como fim assegurar que o

¹⁹² A cominação da pena privativa de liberdade, dentro de um determinado período histórico, foi uma “evolução” da pena criminal frente à pena de tortura, mutilação e morte. “A Antiguidade desconhecia a privação da liberdade como sanção penal. O encarceramento existe desde muito tempo, mas não com a natureza de “pena”, senão para outros fins. Até finais do século XVIII, a prisão servia somente com a finalidade de custódia, ou seja, contenção do acusado até a sentença e execução da pena, até porque, nessa época não existia uma verdadeira pena, pois as sanções se esgotavam com a morte e as penas corporais e infamantes. A prisão tinha, inicialmente, a função de lugar de custódia e tortura”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 1).

¹⁹³ Resumidamente a teoria da prevenção especial tem como objetivo à neutralização do delinquente quer pela sua reeducação/ressocialização (positiva), quer por sua retirada do meio social (negativa).

delinquente não voltasse a praticar o delito pela sua exclusão (encarceramento) da sociedade. Cezar Roberto Bitencourt (2012) aduz que os defensores da função de prevenção especial da pena não se preocupam com a intimidação geral dos membros da coletividade. O crime não é somente uma transgressão do Direito, mas, sobretudo, um prejuízo social, e o criminoso é um risco social que deve ser expurgado. (BITENCOURT, 2012).

Percebe-se, então, que, sendo o processo a instrumentalização do exercício da jurisdição e, o Processo Penal, “o caminho a ser trilhado”¹⁹⁴ pelo *jus puniendi* na busca de uma condenação penal, diversos princípios e normas devem ser observados para que uma pena justa e legítima seja aplicada. De acordo com Aury Lopes Júnior (2011), existe uma necessária relação entre crime, pena e processo: “Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 24).

Uma vez que a pena privativa de liberdade é uma das mais severas do ordenamento jurídico¹⁹⁵, é imperioso que sua aplicação seja cercada dos mais devidos cuidados. O Processo Penal, de tal maneira, diferentemente dos outros, deve se cercar de maior zelo, cautela, pois lida com um dos direitos mais fundamentais do ser humano, ou seja, a liberdade. Assim, o Processo Penal, por lidar com o *jus libertatis* e o *jus puniendi*, deve ser muito mais rigoroso e garantista que os demais. O processo penal não se satisfaz com a verdade formal, mas busca a concretização da verdade material¹⁹⁶, por meio de uma ampla participação das partes¹⁹⁷. Eugênio Pacelli de Oliveira (2009) esclarece o tema:

Para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que quaisquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não manifestação de poder (de autoridade). Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo conhecimento (afirmação de certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento

¹⁹⁴ “Isso porque o Direito Penal é despido de coerção direta e, ao contrário, do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 23).

¹⁹⁵ Jair Leonardo Lopes (2011) observa que a pena é a sanção mais grave do ordenamento jurídico: “Mas a sanção penal é, também, a mais grave das sanções jurídicas, porque afeta direito fundamental da pessoa humana, cuja perda é irreversível, pois, aquelas horas, dias e anos, dos quais o condenado foi privado, serão irrecuperáveis. Além disso, as consequências danosas, de ordem pessoal, psicológica, moral, social e material, decorrentes do afastamento da sociedade e da família são, dificilmente, reparáveis”. (LOPES, 2011, p. 357).

¹⁹⁶ Vide no item 5.2.3. sobre as críticas sobre a busca da verdade real no processo penal.

¹⁹⁷ Como salientando por Sérgio Luiz Souza de Araújo (1999): “O processo, na perspectiva histórica, quando seu ato final era constituído unilateralmente pelo Estado, ainda que esse ato tivesse o conteúdo na maior consonância com o direito material, não poderia deixar de ser uma estrutura propícia a práticas autoritárias. Quando os direitos e garantias individuais foram se consolidando, o processo se aperfeiçoou na exigência de que nele estivesse presente o direito à ampla defesa, com as medidas a ela inerentes”. (ARAÚJO, 1999, p. 154).

judicial no qual se permitam o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica. Procedimento, então, realizado em contraditório, para que possam os interessados (autor e réu) participar intensamente de todas as questões debatidas, e, mais que isso, em que a atividade defensiva seja a mais ampla possível (daí e não por outra razão, falar-se em ampla defesa). (OLIVEIRA, 2009, p. 30).

Nota-se, então, o caráter garantista¹⁹⁸ do Processo Penal. Diferentemente do Processo Civil, onde são discutidas questões nitidamente de conteúdo patrimonial, o Processo Penal, como salientado, ocupa-se de direitos indisponíveis, de direitos fundamentais¹⁹⁹. “O Processo Penal lida com as liberdades públicas, direitos indisponíveis, tutelando a dignidade da pessoa humana e outros interesses dos quais não se pode abrir mão, como a vida, a integridade física e moral, o patrimônio etc.” (NUCCI, 2009, p. 78).

Pelo exposto, constata-se que o Processo Penal é instruído para procurar respeitar plenamente os direitos e garantias fundamentais do cidadão frente ao risco de uma condenação penal, principalmente, do encarceramento. Surge, assim, a seguinte crítica: não é necessário sujeitar a pessoa jurídica ao processo penal, uma vez que ela não pode sofrer a pena privativa de liberdade.

A Lei nº 9.605/98, em seu art. 21, elenca quais são as penas a que estão sujeitas as pessoas jurídicas em caso de uma condenação:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:
I - multa;
II - restritivas de direitos;
III - prestação de serviços à comunidade. (BRASIL. 1998).

Verifica-se que, no rol estabelecido pelo art. 21 da Lei nº 9.605/98, não há a previsão da pena privativa de liberdade para o ente moral. Natural que assim seja, pois somente os

¹⁹⁸ “A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimando enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional”. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 28, grifo nosso).

¹⁹⁹ “Pode-se, pois, concluir, com Florian, que se distinguem o ilícito civil e o ilícito penal, extrinsecamente, pelas consequências a uma e outra dessas violações, segundo a ordem jurídica vigente: o ilícito civil determina sempre, como consequência jurídica, ou a execução forçada, ou a obrigação de indenizar, ou a obrigação de restituir, ou a declaração da nulidade do ato; o ilícito penal, ao contrário, pode determinar todas essas consequências, mas além delas, produz uma outra especial: a pena, que consiste num mal infligido ao autor do fato antijurídico, e que, na maior parte das vezes, afeta ou pode afetar a própria pessoa do autor”. (MARQUES, 2002, p.3).

seres humanos podem ser encarcerados por uma conduta delituosa²⁰⁰. A pessoa jurídica, independentemente da teoria da realidade orgânica, não possui existência no mundo naturalístico e não pode, de tal maneira, sofrer a pena de reclusão ou detenção. O ente moral, como não sofre a privação ou restrição da liberdade, não tem como cumprir as funções da prevenção especial negativa (como, também, as funções da prevenção especial positiva) da pena, nos termos de Juarez Cirino dos Santos (2011):

A prevenção especial negativa de neutralização do condenado mediante privação da liberdade pessoal é impensável nas pessoas jurídicas, pela simples razão de que empresas não podem ser encarceradas. Por causa disso, os partidários da criminalização da pessoa jurídica se fixam na chamada prevenção especial positiva, consistente na ressocialização do criminoso – igualmente parecendo ignorar que a dimensão positiva da prevenção especial, de ressocializar o condenado pela execução da pena, constitui programa pedagógico jamais realizado na pessoa física, e impossível de ser realizado na pessoa jurídica. (SANTOS, 2011, p. 291).

De tal modo, se não é possível a privação da liberdade das pessoas morais²⁰¹, não faz sentido que elas sejam submetidas ao Processo Penal. Muito mais racional e lógico é que a pessoa jurídica seja sancionada, apenas, administrativamente, devido a sua incapacidade de ser condenada à privação e restrição da liberdade. Utilizar-se do Processo Penal, é, de certa maneira, favorecer a pessoa jurídica poluidora, devido aos seus princípios, que visam tutelar os direitos e garantias individuais, principalmente, a liberdade.

5.3.2 A ilegitimidade do Processo Penal nos crimes ambientais cometidos pela pessoa jurídica, uma vez que ela não cumpre os outros fins da pena

Verificou-se, no item 5.3.1, que a pessoa jurídica não pode cumprir a função da prevenção especial negativa da pena (privação da liberdade). Deve-se observar, então, se é possível que o ente moral cumpra as demais funções da pena, justificando-se, assim, todo o desenrolar de um processo penal para sua condenação.

²⁰⁰ Jair Leonardo Lopes (2011) observa sobre impossibilidade da privação da liberdade à pessoa jurídica: “Como se vê, aí estão as sanções aplicáveis à pessoa jurídica, entre as quais não se encontra – nem seria possível encontrar-se – a pena privativa de liberdade – que seria incompatível com a natureza da pessoa jurídica, quer por razões de ordem objetiva, quer por razões de ordem subjetiva, pois não pode a pessoa jurídica, objetivamente ser “algemada”, segundo a prática policial da moda, para recolher alguém à prisão; e não há como “medir-lhe a culpabilidade”, que é requisito subjetivo previsto, na própria Lei 9.605/98 (art. 2º), para caracterização da responsabilidade penal”. (LOPES, 2011, p.360).

²⁰¹ Sheila Jorge Selim de Sales (2011) conclui: “Às pessoas jurídicas, inaplicáveis seriam as penas privativas de liberdade: estas seriam inexecutáveis, alcançando de maneira idêntica as pessoas físicas de seus sócios, de uma só vez, os princípios da personalidade da do ilícito penal, da personalidade das sanções penais, da individualização da pena criminal”. (SALES, 2011, p. 222).

Dentro da doutrina penal²⁰², é comum a divisão dos fins/objetivos²⁰³ da pena em: prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (negativa e positiva)²⁰⁴. Com a prevenção geral positiva, objetiva-se que a pena tenha uma função orientadora das normas jurídicas. A pena passa a ter uma função pedagógica de sedimentação e afirmação dos valores éticos e sociais do ordenamento jurídico²⁰⁵. A prevenção geral negativa da pena²⁰⁶ procura, por seu turno, com a aplicação da pena, desencorajar e intimidar os futuros e potenciais criminosos da prática delitiva. Por essa perspectiva, a função da pena é “a prevenção geral de delitos, por meio de uma “coação psicológica” exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar ou contramotivar a generalidade das pessoas às quais a norma se dirige”. (QUEIROZ, 2001, p. 36). Quanto à prevenção especial, esta se destina ao próprio infrator, uma vez que propõe sua reeducação/ressocialização (prevenção especial positiva) ou sua retirada do meio social (prevenção especial negativa).

No primeiro caso (de prevenção geral), fala-se em prevenção geral-positiva, se se concebe a pena como instrumento de fortalecimento dos valores ético-sociais veiculados com a norma, e de prevenção geral negativa, se se pretende simplesmente desencorajar a generalidade das pessoas da prática de delitos; no segundo caso, fala-se em prevenção especial, porque se persegue, por meio da pena, a neutralização do delinquente, inibindo-o da prática de futuros delitos. (QUEIROZ, 2001, p. 36).

Diante desses fins objetivados pela aplicação da sanção penal, é necessário observar se a pessoa jurídica pode cumprir essas funções da pena.

²⁰² Tal discussão, também, foi realizada no item 4.2.2.3.1, quando se tratou da possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica.

²⁰³ Paulo de Souza Queiroz (2001) esclarece o conceito de pena e suas limitações: “A pena é conceitualmente uma retribuição que somente se justifica se e enquanto necessária à proteção da sociedade, vale dizer, é uma retribuição a serviço da prevenção geral e/ou especial de futuros delitos. A retribuição há de ser, nesse sentido, o limite máximo da prevenção, de sorte a cobrir os possíveis excessos de uma política criminal orientada exclusivamente pela ideia da prevenção”. (QUEIROZ, 2001).

²⁰⁴ James Goldschmidt (2002) estabelece a diferença entre a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção especial: “Enquanto a teoria de prevenção social tende a exercer influências psíquicas sobre todos os cidadãos, a teoria da prevenção especial ou individual ocupa-se exclusivamente do delinquente. Já que diante deste a ameaça frustrou-se, resta tratar unicamente da execução dessa ameaça; conseqüentemente, todas as teorias de prevenção individual são de execução”. (GOLDSCHIMDT, 2002, p.18).

²⁰⁵ Como relata Cezar Roberto Bitencourt (2012), baseado nos estudos de Welzel, a pena (Direito Penal) cumpre uma tarefa ético-social: “O Direito Penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constituiria somente uma função de prevenção negativa. A mais importante missão do Direito Penal é, no entanto, de natureza ético-social. Ao proscrever e castigar a violação de valores fundamentais, o Direito Penal expressa, da forma mais eloquente de que dispõe o Estado, a vigência de ditos valores, conforme o juízo ético-social do cidadão, e fortalece a sua atitude permanente de fidelidade ao Direito”. (BITENCOURT, 2012, p. 146).

²⁰⁶ “A teoria da prevenção social pela intimidação (a mais antiga) tende a infundir terror por meio da execução da pena. Essa teoria dominou a prática durante muitos séculos: na Antiguidade, na Idade Média e até nos tempos modernos. Suficiente lembrar a publicidade e a crueldade das execuções; que o lugar da execução tinha de ser uma paisagem elevada, onde os cadáveres dos executados permaneciam expostos ao público por algum tempo”. (GOLDSCHIMDT, 2002, p.17).

Primeiramente, deve ser destacado que a pessoa jurídica não possui uma *psique*, não tem sentimentos, pensamentos, valores etc. As pessoas jurídicas não podem absorver determinações ético-sociais e tampouco podem ser intimidadas. Quem tem essas características são somente os homens, que podem sofrer e ter arrependimento. Desta maneira, os entes coletivos não podem cumprir as finalidades da prevenção geral da pena.

Segundo, a prevenção geral negativa de desestímulo da criminalidade pela intimidação de criminosos potenciais, não pode atuar sobre a empresa pela razão elementar de que a vontade coletiva transpícuica ou interpessoal da pessoa jurídica não é intimidável. Por causa disso, os partidários da criminalização da pessoa jurídica se fixam na função de prevenção geral positiva da pena criminal, de reforço dos valores comunitários, ou de estabilização das expectativas normativas desestabilizadoras pelo crime, ignorando que a dimensão positiva não pode existir sem a dimensão negativa de intimidação do criminoso – e, portanto, a proposta é irrealizável. (SANTOS, 2011, p. 291).

As prevenções especiais positiva e negativa, como já relatado, são, também, infrutíferas, uma vez que a pessoa jurídica não pode ser condenada à reclusão ou detenção e tampouco pode ser reeducada.

Observa-se, então, que, se a pessoa moral não pode cumprir nenhuma das funções da pena estabelecidas²⁰⁷, inócua é sua condenação. Por não cumprir os fins da pena de prevenção geral e especial, a pessoa jurídica não deveria ser responsabilizada penalmente. “Assim, se os objetivos atribuídos à pena criminal são incompatíveis com a pessoa jurídica, parece lícito perguntar: por que instituir a responsabilidade penal da pessoa jurídica?” (SANTOS, 2011, p. 292). Se a pena é sem valor, desnecessário, também, é o Processo Penal que instrumentaliza os meios para sua consecução.

5.3.3 As sanções penais e administrativas são idênticas, não havendo a necessidade do processo penal

Como relatado anteriormente, as pessoas jurídicas não estão sujeitas à pena privativa de liberdade. Pode-se alegar, no entanto, que a pessoa jurídica está sujeita às outras penas estabelecidas no art. 21 da Lei nº 9.605/98 (restritivas de direitos, multa, prestação de serviços à comunidade) e, por isso, se justifica o Processo Penal. Entretanto, essas mesmas sanções

²⁰⁷ Nos termos de Rômulo de Andrade Moreira (2011): “A possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica também afronta as teorias da pena, seja quando se fala e prevenção geral ou especial, ou mesmo quando se trata da ressocialização”. (MOREIRA, 2011, p.336).

podem ser aplicadas no âmbito administrativo. Citem-se as sanções administrativas previstas no art.72 da lei nº 9.605/98:

Art. 72. As infrações administrativas²⁰⁸ são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º:

- I - advertência;
- II - multa simples;
- III - multa diária;
- IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;
- V - destruição ou inutilização do produto;
- VI - suspensão de venda e fabricação do produto;
- VII - embargo de obra ou atividade;
- VIII - demolição de obra;
- IX - suspensão parcial ou total de atividades.
- X - (Vetado);
- XI - restritiva de direitos. (BRASIL. 1998).

De tal forma, ao se cotejar os art. 21 e o art. 72 da Lei nº 9.605/98, observa-se uma identidade, uma similitude entre as sanções penais aplicáveis à pessoa jurídica e as sanções administrativas ambientais. O art. 21, I, da Lei nº 9.605/98 estabelece a pena de multa às pessoas jurídicas, por uma infração criminal. Por sua vez, o art. 72, II e III, do mesmo diploma legal prescreve, como sanção administrativa, a multa simples e a multa diária. O art. 21, II, da Lei nº 9.605/98 determina como sanção penal a restrição de direitos; o art. 72, XI, por seu turno, traz a mesma sanção no âmbito administrativo. A prestação de serviços à comunidade encontra-se prevista como sanção penal no art. 21, III, da Lei nº 9.605/98, contudo, a mesma punição encontra-se no art.72, §4º(a multa simples poderá ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente). Verificam-se, então, com pequenas diferenças de redação, que as sanções são praticamente as mesmas, sobrepondo-se.

Uma vez que as sanções são muito próximas, para não dizer idênticas, seriam perfeitamente dispensáveis as sanções penais e, conseqüentemente, o Processo Penal. Se existe outro ramo do Direito que estabelece sanções e protege o bem jurídico, ilegítimo é o resguardo penal. É a determinação do princípio do Direito Penal da *ultima ratio* ou intervenção mínima.

Antes, portanto, de se recorrer ao Direito Penal deve-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, e somente quando tais meios se mostrarem inadequados à tutela de determinado bem jurídico, em virtude da gravidade da

²⁰⁸ Infração administrativa ambiental definida por Romeu Thomé (2013): “Infração administrativa ambiental representa toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. (THOMÉ, 2013, p. 584).

agressão e da importância daquele para a convivência social, justificar-se-á a utilização daquele meio repressivo de controle social. (BITENCOURT, 2012, p. 52).

Uma das características do Direito Penal é a severidade de suas sanções que procuram, dessa maneira, proteger o bem jurídico fundamental para a coletividade. Se a punição administrativa é idêntica à sanção penal, alguma irregularidade existe. Ou a sanção administrativa é extremamente severa e, como tal, não deveria ser administrativa; ou a sanção penal é por demais branda, indicando que o bem jurídico não é tão importante para a sociedade (não devendo, assim, ser tutelado penalmente).

Pelo exposto, por haver essa correspondência entre as penas que estão sujeitas às pessoas jurídicas e as sanções administrativas, imperativo é que sejam mantidas somente as sanções administrativas à pessoa jurídica poluidora. Como o Direito Administrativo já prescreve as sanções a que está sujeita a pessoa moral, desnecessário e ilegal²⁰⁹ é a intervenção penal. O que parece ocorrer, na verdade, é a utilização do Direito Penal com um fim simbólico²¹⁰ e funcional e, não propriamente, com um fim de proteção de bens jurídicos e, conseqüentemente, com uma função de promover a prevenção geral e especial. Como observa Paulo de Souza Queiroz (2001), ao destacar a função simbólica ou retórica de alguns diplomas legais:

Em oposição às funções instrumentais do direito penal – prevenção geral, especial etc. – e muito próxima da formulação retromencionada, está a chamada função simbólica ou retórica, referida por alguns autores, por cujo meio não se pretenderia a resolução de um dado conflito de interesses propriamente, mas produzir na opinião pública uma impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido. Vale dizer, por meio da edição e aplicação das normas penais, objetivar-se-ia criar uma impressão de segurança jurídica – abalada pela ocorrência de certas infrações, em geral, delitos que provocam comoção social em razão do extraordinário grau de perversão de que se revestem -, de modo que a se restabelecer, ao menos retoricamente, o *status quo ante*.²¹¹ (QUEIROZ, 2001, p. 54).

²⁰⁹ Não se desconhece que as esferas penal e administrativa são independentes e autônomas entre si, contudo, o que diferencia uma sanção da outra é seu caráter quantitativo: “O delito e a infração administrativa têm conteúdo similar e idêntica estrutura lógica. Tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificação na magnitude da lesão a um bem jurídico determinado e na sua necessidade de imposição, como expressão de juízo desvalorativo ético-social. Entre crime e infração administrativa, portanto, existem apenas diferenças quantitativas”. (PRADO, 2007, p.39)

²¹⁰ Como aduzem Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2011): “A responsabilização penal das pessoas jurídicas cumpre uma função meramente simbólica em sentido negativo. E isso porque sua eficácia como instrumento destinado a coibir ou a reprimir determinados comportamentos é mais aparente que real. A busca por uma ampliação da intervenção penal em certos âmbitos não deve comprometer os próprios fins da pena, posto que a utilização simbólica das conseqüências penais desvirtua ou afeta a longo prazo sua eficácia e gera – paradoxalmente – certa desconfiança no próprio arcabouço normativo”. (CARVALHO; CARVALHO, 2011, p.256).

²¹¹ Paulo de Sousa Queiroz (2001), em seu livro “Funções do direito penal: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal”, ainda, relata sobre utilização do direito penal simbólico no Brasil: “No Brasil, há exemplos vários da utilização deste expediente: a promulgação da chamada lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), que aumentou sensivelmente as penas dos crimes nela previstos, a par de agravar a situação processual do que hajam

Desta maneira, deve prevalecer a utilização das sanções administrativas aos danos ambientais cometidos pela pessoa jurídica e o correspondente processo administrativo. Uma vez que não se devem aplicar as sanções penais aos entes morais, não se deve, conseqüentemente, utilizar-se do Processo Penal.

5.3.4 *A condenação, no Processo Penal, busca a comprovação de uma conduta típica, ilícita e culpável (impossibilidade da pessoa jurídica)*

O vigente Código Penal brasileiro, Decreto-lei nº 2.848/1940, não apresenta uma definição de crime, e se limita a relatar (Lei de Introdução²¹²) que ao crime é imposta a sanção de reclusão ou de detenção, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa²¹³. Na verdade, essa descrição, apenas, possibilitou a diferenciação entre crime e contravenção²¹⁴ e não trouxe uma conceituação do que é crime. Assim, para entender o que é crime, é necessário verificar seu conceito jurídico.

No Brasil, prevalece o entendimento que o crime é uma ação (omissão), típica, ilícita e culpável. É o conceito analítico de crime. Somente haverá crime desde que preenchidos esses três requisitos fundamentais. Imprescindível uma conduta, que deverá ser contrária à ordem jurídica, culpável. Esclarecem Zaffaroni e Pierangeli (2012) sobre a ordem dessa pesquisa para averiguação da existência de um crime:

Esta definição do delito como conduta típica, antijurídica e culpável nos dá a ordem em que devemos formular as perguntas que nos servirão para determinar, em cada caso concreto, se houve ou não delito. Em primeiro lugar, devemos perguntar se houve conduta, porque, se falta o caráter genérico do delito, então nos encontramos diante de uma hipótese de ausência de conduta e não se deve formular qualquer outra pergunta. Em seguida, devemos indagar pelos caracteres específicos, mas também aqui devemos seguir a ordem indicada, porque, se concluímos que a

praticado qualquer daquelas infrações. Em circunstâncias semelhantes, veio a lume a Lei n. 9.426/96, agravando as penas de outros delitos, e outras tantas leis que surgiram imediatamente à divulgação de crimes que tiveram especial repercussão na imprensa, levando o legislador a editar normas penais particularmente enérgicas que mitigassem o impacto das notícias veiculadas”. (QUEIROZ, 2001, p. 55).

²¹² Decreto-lei nº 3.914/41.

²¹³ Art. 1º do Decreto-lei nº 3.914/41: “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”. (BRASIL, 1941)

²¹⁴ Sobre a diferença entre contravenção e crime, Cezar Roberto Bitencourt (2012) aduz: “Ontologicamente não há diferença entre crime e contravenção. As contravenções, que por vezes são chamadas de crimes-anões, são condutas que apresentam menor gravidade em relação aos crimes, por isso sofrem sanções mais brandas. [...] O critério distintivo entre crime e contravenção é dado pela natureza da pena privativa de liberdade cominada”. (BITENCOURT, 2012, p. 272).

conduta não está individualizada em um tipo penal, não faz sentido averiguar se está permitida ou se é contrária à ordem jurídica e menos ainda se é reprovável, posto que jamais será delito, mesmo que ambas as respostas sejam afirmativas. [...] Se estamos lidando com uma conduta típica, caberá indagarmos se esta conduta é antijurídica, porque, em caso negativo, não tem sentido perguntar-se pela culpabilidade, visto que o direito não se ocupa da reprovabilidade das condutas que não são contrárias a ele (que estão justificadas). Somente quando temos uma conduta típica e antijurídica (um injusto), é que tem sentido perguntar-se se esta conduta é reprovável ao autor, isto é, se é culpável. Nos casos de inculpabilidade, o injusto não é delito. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2012, p. 339).

Percebe-se, então, que apenas depois da concretização/constatação dessas indagações, pode-se falar na existência de um crime. De tal modo, por meio do Processo Penal, objetiva-se (pela parte acusadora) a confirmação desses três requisitos básicos do delito, para que, assim, ocorra sua consequente responsabilização e condenação.

A pergunta que deve ser feita, nesse instante, é: a pessoa jurídica pode preencher esses requisitos essenciais para a configuração do crime e, por conseguinte, participar de um Processo Penal?

Nos termos de Zaffaroni e Pierangeli (2001), a primeira indagação a ser respondida é se houve uma conduta, ou seja, uma ação ou omissão²¹⁵. A conduta é uma vontade que se manifesta no mundo exterior, de modo a colocar em andamento a causalidade. É um ato, um comportamento, que se destina a um objeto, provocando sua modificação. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2012).

A conduta, além da modificação do mundo exterior, deve ser dirigida a um fim, ter um objetivo²¹⁶. O comportamento deve ser destinado a uma finalidade qualquer. Não é suficiente um ato humano voluntário, espontâneo, que transforma o mundo exterior. É imprescindível um fim para essa atividade. Dentro de certos limites, a ação deve “prever” as prováveis possibilidades ou consequências. A vontade é encaminhada a um objetivo, fruto de uma antecipação psicológica, em que são escolhidos os meios e considerados os resultados do fim desejado. (BITENCOURT, 2012). “A ação consiste no exercício de uma atividade finalista, no desenvolvimento de uma atividade dirigida pela vontade à consecução de um

²¹⁵ “A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia)”. (GRECO, 2002, p. 141).

²¹⁶ Teoria finalista da ação. Cezar Roberto Bitencourt (2012) distingue a teoria causal da ação da teoria finalista, baseando suas análises em estudos de Welzel: “Para Welzel, ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer “final” e não puramente “causal”. A “finalidade” ou caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. [...] o acontecer causal não está dirigido em função de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada caso. A finalidade é, por isso – dito graficamente – “vidente”, e a causalidade é “cega””. (BITENCOURT, 2012, p. 281).

determinado fim. E a omissão vem a ser a não realização de uma atividade finalista (não ação finalista)”. (PRADO, 2011, p. 133).

A polêmica que surge, nesse momento, é se a pessoa jurídica pode praticar uma conduta²¹⁷ e, assim, ser responsabilizada penalmente. Sem a existência de uma conduta própria, que provoca uma alteração no mundo exterior, torna-se totalmente desnecessária a averiguação da tipicidade e, também, da culpabilidade.

Verifica-se que o ente moral não pode praticar ações ou omissões. Quem tem essas faculdades são apenas os homens. Conforme relatado no tópico 4.2.2.3.1, o ente coletivo não possui consciência, não tem *psique*, não age nem com culpa, muito menos, com dolo. Essas características são, exclusivamente, humanas. Mourullo Rodriguez (1977 *apud* PRADO, 2011) destaca que, se no âmbito civil é possível que a pessoa jurídica seja responsável pelos atos dos seus diretores, na esfera penal, o fenômeno da representação não é aceitável.

Embora as pessoas jurídicas possam realizar contratos, não parece convincente que possam *per se* realizar uma ação ou omissão típica. Como bem se elucida, não é a pessoa jurídica que “conclui” por si mesma contratos, mas sim fica vinculada pelos contratos que celebram em seu nome as pessoas individuais que atuam como seus órgãos. Mas o fenômeno da representação não tem cabimento em relações aos sujeitos ativos do delito. Para que alguém pratique delito é necessário que tenha realizado pessoalmente a ação penalmente cominada. (RODRIGUEZ, 1977, p. 228, *apud* PRADO, 2011, p. 132).

Luiz Regis Prado (2011) se manifesta contrário à possibilidade de ação das pessoas jurídicas. Destaca que o ente coletivo não possui consciência e vontade, no aspecto psicológico, em igualdade à pessoa física. A pessoa jurídica não pode se autodeterminar. Apenas, os seres humanos podem conduzir suas ações com consciência. Da máxima *nullum crimen sine actione*, verifica-se imprescindível a atividade humana.

René Ariel Dotti (2011) destaca que a ação ou omissão, demonstrada na conduta, e elemento basilar do crime, é fruto, apenas, do ser humano. (DOTTI, 2011).

Rodrigo Sánchez Rios (2011) deduz que as pessoas jurídicas “não poderão ser sujeitos do juízo da periculosidade criminal, pois carecem de capacidade de ação de realizar uma conduta no sentido jurídico-penal; não poderão, da mesma forma, efetivar uma ação ou omissão típica e ilícita”. (RIOS, 2011, p. 212).

Por sua vez, Jair Leonardo Lopes (2011) aduz que somente poderão pertencer ao Direito Penal as situações que envolvam uma conduta do ser humano. Ao destacar a

²¹⁷ Vide tópicos 4.2.2.3.1 e 4.2.2.3.2 do capítulo quatro, em que é discutida a responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais.

sociedade de risco, e a sua tentativa de controle e prevenção, observa que as sanções apropriadas são as próprias do Direito Administrativo. (LOPES, 2011).

Percebe-se, então, que a pessoa jurídica não preenche o primeiro elemento do crime. Como não pratica condutas²¹⁸, não pode, conseqüentemente, cometer delitos²¹⁹. Se não pode cometer delitos, por seu turno, não haverá uma responsabilização penal do ente moral. De tal forma, se não existe a possibilidade de responsabilização penal do ente coletivo, não há que se falar em Processo Penal.

A discussão sobre a impossibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, perante a teoria do delito, poderia encerrar-se nessa argumentação. Observa-se, todavia, que a pessoa jurídica, também, não preenche o terceiro elemento da teoria analítica do crime, ou seja, a culpabilidade²²⁰.

A culpabilidade²²¹ pode ser compreendida como um juízo²²² de reprovabilidade da vontade. A culpabilidade é um conceito “de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2012, p. 517). Assim, para a constatação da culpabilidade, é necessária a análise dos seguintes elementos normativos: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa²²³.

²¹⁸ Como salienta Sheila Jorge Selim de Sales (2011) a pessoa jurídica não possui capacidade de ação: “Com efeito, a pessoa jurídica não pode ser sujeito ativo do fato, por não possuir capacidade de ação, já que o fenômeno volitivo, ínsito no fato penalmente relevante, é peculiar ao ser humano e dele não se cogita em relação aos entes coletivos”. (SALES, 2011, p. 222).

²¹⁹ “De cuanto acabo de decir debe deducirse que las personas jurídicas, al no ser capaces de acción, no pueden ser criminalmente responsables y no pueden serles impuestas, por ello, sanciones del Derecho penal”. (Pelo que foi dito, deve-se inferir que as pessoas jurídicas, por não serem capazes de praticar condutas, não podem ser criminalmente responsáveis e a elas não podem ser impostas sanções do Direito Penal). (MARTÍN, 2011, p. 100, tradução nossa).

²²⁰ O termo culpabilidade, no Direito Penal, pode apresentar três significações: culpabilidade como fundamento da pena (ser possível ou não a aplicação de uma pena por um fato típico e ilícito – capacidade de culpabilidade, consciência da antijuridicidade, exigibilidade de conduta); culpabilidade como elemento de determinação da pena (limite da pena ou determinação da pena) e culpabilidade como um conceito contrário à responsabilidade objetiva (ninguém poderá ser responsabilizado por um resultado imprevisível se não houver atuado, ao menos com dolo ou culpa). (BITENCOURT, 2012).

²²¹ “Antes da imposição de pena, todo um imenso conjunto de valores psicológicos, morais, sociais e até afetivos é levado em consideração pelo Direito Penal que, ditando normas para o julgamento de criaturas humana, procura descobrir-lhes a direção da vontade, compreender-lhes a conduta, tentando penetrar-lhes os motivos, identificar-lhes a personalidade, pelo seu passado e pelo seu presente, ponderando a influência de poderosos fatores biopsicossociais, o que traduz a incomparável dimensão humana desse direito que, ao invés de ser o direito da violência e do arbítrio, é garantista e, de todas as ciências jurídicas, a mais sensível aos vícios e às virtudes da criatura humana”. (LOPES, 2011, p. 358).

²²² Cezar Roberto Bitencourt esclarece: “A reprovabilidade do comportamento culpável não é deduzida da opinião pessoal do juiz, do seu juízo pessoal de censura, mas de critérios jurídico-penais de valoração”. (BITENCOURT, 2012, p. 445).

²²³ Citem-se: art. 26 e art. 27 (imputabilidade); Art. 21 do Código Penal (potencial consciência sobre a ilicitude); art. 22 (exigibilidade de conduta diversa), todos do Código Penal. (BRASIL, 1940).

A culpabilidade estaria composta pelos pressupostos existenciais da reprovabilidade, isto é, a capacidade de culpabilidade, mais conhecida como imputabilidade. Por outro lado, a culpabilidade estaria composta pelos elementos essenciais da reprovabilidade, isto é, pela possibilidade de conhecimento da antijuridicidade. Uma vez estabelecidos ambos os elementos, estaria constituída materialmente a culpabilidade, o “poder em lugar de...”. Mas, como advertiu Welzel, esses elementos não eram suficientes para formular a reprovação de culpabilidade, pois, apesar da imputabilidade e do potencial conhecimento do injusto do autor, seria necessário verificar se existiam, ou não, situações extraordinárias, conhecidas como causas de exculpação, que diminuem a possibilidade de motivação conforme a norma, e, portanto, o grau de culpabilidade. (BITENCOURT, 2012, p. 446).

Observa-se, também, que o ente moral não preenche esses requisitos da culpabilidade. A imputação leva em consideração a saúde mental do agente e sua maturidade. A consciência sobre a ilicitude do fato é um atributo exclusivamente humano. E, finalmente, não se pode exigir da pessoa jurídica uma conduta diversa pelo simples fato de não poder praticar condutas.

Luiz Regis Prado (2011) relata que, como a culpabilidade é uma repreensão pessoal pela prática de um injusto penal, essa censura só pode dirigir-se a pessoa física. Sendo uma valoração ético-jurídica somente tem cabimento frente a condutas humanas autônomas. De tal maneira, estariam excluídas as pessoas jurídicas. (PRADO, 2011).

Juarez Cirino dos Santos (2011) repudia a responsabilidade do ente coletivo ao analisar as três perspectivas da culpabilidade. Destaca, primeiramente, que a pessoa jurídica não tem capacidade penal, pois seu fundamento tem como referência a saúde mental e a maturidade. Menciona, em segundo lugar, que a pessoa jurídica não pode ter consciência da ilicitude, pois consciência, pensamentos e emoções são atributos tipicamente humanos. Por fim, exclui a exigibilidade de conduta diversa ao evidenciar que o ente moral não tem condições de praticar condutas. (SANTOS, 2011).

Jair Leonardo Lopes (2011) destaca que a culpabilidade é uma particularidade exclusivamente humana, não podendo pertencer a pessoas jurídicas:

A culpabilidade é o juízo de reprovação sobre a conduta do agente, por ter agido de modo contrário ao direito, quando outra conduta lhe era exigível, nas circunstâncias em que se encontrava. E não há conceito de mais rico conteúdo social e humano do que o da culpabilidade, pois, exige-se, para que o agente seja culpável, sua imputabilidade, isto é, que possua determinadas condições pessoais, que o façam capaz de entender a ilicitude de seu comportamento e determinar-se de acordo com tal entendimento. Somente possuindo tal capacidade pode o agente ser punível, se praticar conduta típica e ilícita, incidindo no juízo de reprovação. (LOPES, 2011, p. 358, grifos nossos).

Magalhães Noronha (2001) compreende que não é possível a imputação de um crime ao ente coletivo pela impossibilidade de consciência: “Com efeito, é ela inconciliável com a

culpabilidade, que, como vimos, é psicológico-normativa²²⁴, o que impede sua atribuição à pessoa jurídica.” (NORONHA, 2001, p. 113).

Desta forma, não havendo culpabilidade²²⁵, falta um dos elementos essenciais para a configuração do delito. Como no caso de ausência de conduta, ausente está um dos componentes fundamentais elencados pela teoria analítica do crime. Constata-se, então, não poder haver um Processo Penal, pelo simples fato de não haver um delito.

5.3.5 O Direito Administrativo e o processo administrativo como meios idôneos para a proteção do meio ambiente frente aos danos cometidos pela pessoa jurídica

Já se falou sobre a impossibilidade de o ente moral cometer delitos frente a uma teoria analítica do crime. Destacado foi que o Direito Penal regula as condutas humanas e não as atividades das pessoas jurídicas. De tal maneira, concluiu-se sobre a ilegitimidade de um Processo Penal que procura responsabilizar as pessoas jurídicas, pois crime não há.

No entanto, é fundamental cumprir as determinações constitucionais que exigem a proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os danos ambientais cometidos pelas pessoas jurídicas não podem ficar impunes, prejudicando, de tal modo, toda a coletividade. Necessária é uma forma de proteção do meio ambiente.

Essa forma legítima de tutela do meio ambiente frente à degradação provocada pelos entes morais é o Direito Administrativo. Noutro ponto do presente trabalho já se observou sobre a ilegitimidade do Direito/Processo Penal para responsabilizar as pessoas jurídicas devido à identidade de suas sanções com as previstas no âmbito do Direito Administrativo. Todavia, existem outras circunstâncias que tornam essa ilegitimidade mais evidente e devem ser destacadas para demonstrar a inadequação da utilização do Processo Penal, quando se tem por objetivo final a preservação e a conservação do meio ambiente.

Como já salientado, o Processo Penal instrumentaliza/regula a possibilidade de aplicação do *jus puniendi* do Estado e seu conflito com o *jus libertatis* do cidadão. “O processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao Direito Penal,

²²⁴ De acordo com Magalhães Noronha (2001), a culpabilidade é psicológico-normativa: “A culpabilidade, como reprovabilidade que é, não prescinde do antagonismo entre a vontade censurável do agente (elemento psicológico) e a vontade da norma (elemento valorativo). Já que esta dita ao indivíduo um proceder de determinada forma e reprova-o por assim não ter agido, *ipso facto* não pode negar a existência de uma vontade contrária à sua”. (NORONHA, 2001, p. 103).

²²⁵ Rômulo de Andrade Moreira (2011) reputa ser inconcebível atribuir culpabilidade às pessoas jurídicas. Dessa maneira, crime não pode existir. “Também é óbvio faltar capacidade de culpabilidade à pessoa jurídica, entendida aquela como um juízo de reprovabilidade, só possível de ser aferido a partir do comportamento humano. É inadmissível a uma pessoa jurídica praticar um fato culpável”. (MOREIRA, 2011, p. 335).

fornecendo os meios e os caminhos para materializar a aplicação da pena ao caso concreto”. (TÁVORA; ANTONNI, 2009, p. 30). Entretanto, por envolver direitos indisponíveis, não deixa de ser, também, o Processo Penal, uma garantia do cidadão.

El proceso penal no es solo um médio de realización de La ley penal, sino que es as mismo tiempo una garantía para la persona humana; la pena solo puede imponerse mediante el proceso legalmente previsto y nada más. Cualquier pretensión de apartarse de ese proceso en detrimento de sus garantías resulta violatoria del principio del debido proceso legal²²⁶. (ZAFFARONI, 2011, p. 67).

O Processo Penal, dessa forma, exige sempre uma pesquisa meticulosa dos fatos e uma participação efetiva das partes. Devido à natureza dos direitos envolvidos e às consequências da condenação, exige-se, no Processo Penal, um maior zelo para a construção das decisões. Seus princípios e formalidades procuram regular a aplicação jurisdicional do Direito Penal, sem se descuidar dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Las formalidades, del procedimiento penal no son meras formalidades, en su núcleo son formas protectoras em interes de la totalidad de los intervinientes en el proceso y, ante todo, del imputado. Si se autoriza en caso concreto a dejar de lado estas formalidades, de este modo ser tornan dispositivos todos los pilares del derecho procesal penal²²⁷. (HASSEMER, 2002, p. 82).

Hélio Tornaghi (1977) destaca que o Processo Penal é a junção entre a justiça e a segurança. Imperativa é a manutenção da ordem, contudo, sempre com respeito aos preceitos da justiça. As normas penais objetivam trazer a paz social, cominando pena para as condutas prejudiciais à sociedade; as normas processuais, por sua vez, protegem os acusados, determinado regras a serem seguidas nos processos instaurados, evitando-se o arbítrio estatal. (TORNAGHI, 1977).

Verifica-se, então, que o Processo Penal tem princípios que o distinguem do Processo Civil/Administrativo. Como versa sobre o *jus libertatis* do cidadão, o Processo Penal preconiza que a condenação esteja baseada na “verdade”²²⁸ e, caso dúvidas existam, estas militam em favor do acusado.

²²⁶ O Processo penal não é somente um meio de realização do Direito Penal, mas é, ao mesmo tempo, uma garantia para a pessoa humana. A pena somente pode ser imposta pelo processo legalmente previsto. (tradução nossa).

²²⁷ As formalidades do procedimento penal não são meras formalidades. Em seu núcleo, são formas protetoras dos interesses dos participantes, principalmente do acusado. Se forem colocadas de lado essas formalidades, são abaladas as estruturas do processo penal. (tradução nossa).

²²⁸ Sobre o problema da verdade real, vide tópico 5.2.3.

De tal maneira, dentro de um Processo Penal, diante de questões duvidosas, tanto de autoria quanto de materialidade, prevalece o princípio da presunção de inocência/*favor rei*. A incerteza beneficia o réu, *in dubio pro reo*. Quando se avalia entre o direito de punir (*jus puniendi*) e o direito à liberdade (*jus libertatis*), perante questões indeterminadas, prepondera o último. Natural que assim o seja dentro de um Estado Democrático de Direito. A liberdade, como direito fundamental, é a regra, e sua limitação somente poderá ocorrer cumprindo as formalidades do devido processo legal. A condenação que não observa esses requisitos é ilegal e ilegítima.

Percebe-se, pelo o exposto, que as presunções e incertezas, no Processo Penal, militam a favor do acusado. No Processo Civil/Administrativo, contudo, a questão é tratada de forma diversa. O Processo Civil/Administrativo é informado pelo princípio da verdade formal, ou seja, por estarem diante de direitos disponíveis, os ônus cabem às partes. Não há uma exigência de obrigatoriedade de defesa, uma busca do verdadeiramente acontecido fora dos autos, uma necessária participação do juiz na elucidação do acontecido²²⁹.

Ademais, no Processo Penal impera sempre a responsabilidade subjetiva²³⁰. Necessária é a averiguação da intenção do agente na prática da conduta. No Processo Administrativo, envolvendo os danos ao meio ambiente, prevalece a teoria da culpa presumida, ou seja, a responsabilidade é presumida ao autor. Enquanto o Processo Penal é informado pelo princípio *in dubio pro reo*; o Processo Administrativo é informado pelo princípio *in dubio pro societate*.

Sempre nos pareceu que a melhor saída seria considerar a responsabilidade administrativa ambiental informada pela teoria da culpa presumida [...] segundo as quais, configurado um comportamento em tese subsumível a uma proibição da norma ambiental, há que se presumir, *juris tantum*, a responsabilidade do suposto infrator, o qual poderá, pela inversão do ônus da prova, demonstrar sua não-culpa. Não desincumbindo desse ônus, a presunção se transformará em certeza, ensejando a aplicação da sanção abstratamente considerada. (MILARÉ, 2013, p. 344).

De tal forma, uma condenação na esfera administrativa (com o contraditório e a ampla defesa também presentes) é cercada de “menos garantias” do que uma condenação

²²⁹ Sobre as intervenções do juiz na busca da verdade real, cite-se Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2013): “Em sede processual, o juiz tem por obrigação respeitar o contraditório, pois dele não é sujeito. Sua intervenção, na condição de presidente do Processo, deve voltar-se à manutenção da ordem e da legalidade; atuação de ofício será, no entanto, obrigatória quando ele vislumbrar prisão ilegal ou qualquer violação ao *due process of Law*”. Entretanto, o mesmo autor, ainda, observa: “Reconhece-se, contudo, que a tradição da iniciativa do juiz em nome de uma tão propagada verdade real já está entronizada no ordenamento processual brasileiro que não será superada com facilidade”. (RIBEIRO, 2013).

²³⁰ Entendido como o *animus agendi* do autor. Pode ser definido como a intenção (vontade e consciência) do infrator na execução da conduta. Normalmente, dividido pela doutrina em dolo e culpa.

penal. Se o que se objetiva, na prática, é uma tutela (sanção) do meio ambiente, frente às degradações cometidas pela pessoa jurídica, muito mais favorável à acusação é o Processo Administrativo (do que o Processo Penal). Não se quer dizer com isso que se possa escolher entre um ou outro. O que se deseja demonstrar é que, além da impossibilidade da utilização do Processo Penal, ele também não é o mais “eficiente” para estabelecer uma sanção por um dano ao meio ambiente cometido pela pessoa jurídica. Pode-se, ainda, alegar que a condenação penal é mais uma punição a que estaria sujeita o ente coletivo pelo dano ao meio ambiente, contudo, o que se necessita na realidade não é mais uma forma de punir, mas, sim, uma célere e efetiva punição.

5.3.6 A Lei nº 9.605/98 não estabeleceu regra procedimental ou processual em relação à pessoa jurídica

A Lei nº 9.605/98, no seu art. 3º, como já destacado, estabeleceu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas sempre que o delito tenha sido praticado em seu interesse ou benefício, por decisão do seu representante legal ou contratual:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o 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. (BRASIL, 1998).

Assim, a Lei dos Crimes Ambientais prescreveu a responsabilização dos entes coletivos frente a um crime ambiental, contudo, não estipulou nenhuma regra procedimental ou processual para instrumentalizar a determinação.

Como as normas penais não têm aplicação direta, é imprescindível determinar-se o concernente procedimento, apropriado à nova realidade. O Código de Processo Penal foi instituído para traçar as normas de processo penal cujos réus são pessoas naturais, físicas, e não para as pessoas jurídicas. Constata-se, essa, percepção diante de diversos de seus institutos²³¹. (MOREIRA, 2011).

René Ariel Dotti (2011) destaca inúmeros problemas oriundos dessa falta de regulamentação. Faz severas críticas aos defensores da responsabilização penal do ente moral, que procuraram estabelecer a responsabilização da pessoa jurídica, sem se preocuparem com as consequências no mundo real:

²³¹ Citem-se como exemplos a confissão, o interrogatório, a acareação, etc.

Os apóstolos e os seguidores da crença da capacidade criminal das pessoas coletivas ainda não se dedicaram ao trabalho de analisar as consequências desse projeto no quadro do processo penal. Existem as mais variadas implicações com a metamorfose do Município ou da empresa industrial, por exemplo, em acusados na ação penal, quando o desabamento de um prédio ou a poluição de águas constituírem fatos típicos. Quem prestará, em nome do “réu” ou da “ré”, o interrogatório? Ou o sistema legal dispensará, em tal hipótese o interrogatório que, além de um meio geral de prova é, também, um elemento de defesa? Como se tornará efetiva a investigação policial ou mesmo a instrução criminal se a pessoa jurídica tiver vários centros de atividade e que o fato típico tenha sido gerado por mais de um deles? Quais testemunhas a serem ouvidas, principalmente se até tiver também domicílio em outras comarcas do Estado e do País? E se for uma transnacional? (DOTTI, 2011, p. 188).

Como leciona Rômulo de Andrade Moreira (2011), inúmeras questões de dificuldade prática podem ser constatadas frente à responsabilização penal da pessoa jurídica. A primeira seria com relação à cientificação dos atos do processo. Quem deverá ser citado, notificado ou intimado? O Presidente da empresa? Os diretores? Todos os sócios? Uma segunda questão que pode ser levantada é sobre quem será interrogado e se poderá confessar. Quem é essa pessoa? Um preposto? Poderá ele permanecer calado? A confissão atinge todos os membros da empresa, mesmo aqueles que pensam de forma divergente? Outra indagação a ser feita é referente à revelia. É possível a decretação da revelia pelo não comparecimento injustificado de quem deveria ter estado presente ao interrogatório? A aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal²³² é pertinente em caso de citação por edital? Enfim, dúvidas não faltam, especialmente, com relação à representação. (MOREIRA, 2011, p. 342-345).

Verifica-se que as respostas a essas objeções não podem ser encontradas no Código de Processo Penal. Necessário é buscar em outras fontes, outros diplomas (Código de Processo Civil), para a adequação da responsabilização penal da pessoa jurídica ao Processo Penal. Um exercício hermenêutico que despreza as especificidades de cada ramo do Direito, buscando, a qualquer custo, sua adaptação. (MOREIRA, 2011, p. 345).

Não se pode desprezar que o art. 3º²³³ do Código de Processo Penal permite a utilização da interpretação analógica²³⁴ para o preenchimento e integralização de lacunas, porventura existentes, dentro da legislação processual penal. No entanto, a analogia não pode

²³² “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”. (BRASIL, 1941).

²³³ Art. 3º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

²³⁴ Analogia, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2002), é: “Analogia é um princípio jurídico segundo o qual a lei estabelecida para determinado fato a outro se aplica, embora por ela não regulado, dada a semelhança em relação ao primeiro”. (TOURINHO FILHO, 2002, P.158).

ser realizada sem critérios. Adaptar o Processo Penal (que é totalmente dirigido à pessoa), por meio de institutos próprios do Processo Civil, é desprezar as peculiaridades e a autonomia de cada sistema. Como leciona Rogério de Lauria Tucci (2003) sobre o estudo do processo penal no Brasil:

O Processo Penal necessita ser “colocado e conduzido de modo completamente autônomo”; caso assim não seja, corre-se o risco de “civilizar o processo penal”, porque, “já de há muito tempo, o processo penal não é mais a “Cinderela” do Direito Processual, tal como o cognominou Carnelutti”. Já é tempo “de visualizar o Direito Processual com ótica própria, conferindo-lhe a dignidade científica que faz por merecer”. (TUCCI, 2003, p. 53-55).

Eugenio Raúl Zaffaroni (2011) critica o “intercâmbio” sem critérios entre as disciplinas e verifica as diferenças entre a estrutura penal e civil:

Por ello, cuando no hay ley procesal aplicable, el juez no puede inventarla ni construirla por analogía partiendo de la ley vigente similar. Ello significa confundir la función del proceso civil con el penal y, definitiva, confundir el modo de provisión de seguridad jurídica que tiene el derecho civil con el que tiene el derecho penal: para cumplir con las pautas de seguridad jurídica del derecho civil (no dejar ningún conflicto sin resolver), es natural que el derecho procesal civil admita e incluso imponga la integración analógica en caso de que la ley omita regular el procedimiento; para cumplir con las pautas de seguridad jurídica del derecho penal, es natural que el derecho procesal penal no opere cuando la ley penal no vaya acompañada de las disposiciones legales de naturaleza procesal necesarias para realizarlas y que al mismo tiempo garantizan el principio del debido proceso legal. Por ello, estimo que en el actual estado legislativo, las disposiciones concernientes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son aplicables hasta que se sancionem la normas procesales que permitan su realización²³⁵. (ZAFFARONI, 2011, p. 67).

Apesar de o Código de Processo Penal, no seu art. 3º²³⁶, expressamente, permitir a interpretação extensiva e analógica, a diferença entre o Processo Penal e o Processo Civil é marcante. Os princípios norteadores, como já salientados, não são os mesmos. Utilizar-se do Processo Civil como um auxiliar, como um alicerce do Processo Penal, exige extremo cuidado. Querer importar, sem critérios, da área processual civil conceitos, instituições,

²³⁵ Portanto, quando não há lei processual aplicável, o juiz não pode inventar ou construir, por analogia, com base na legislação vigente similar. Portanto isso significa confundir a função do processo civil com a do penal, confundir a provisão de segurança jurídica que se tem no Direito Civil com a do Direito Penal. Para cumprir as funções do Direito Civil (não deixar nenhum problema sem solução) é natural que o Direito Civil admita a analogia no caso em que seja omitido o regular procedimento. Para cumprir as funções do Direito Penal, é natural que o Direito Processual Penal não opere quando a lei penal não vier acompanhada das disposições legais de natureza processual necessária para realizá-la e, ao mesmo tempo, seja garantido o princípio do devido processo legal. Portanto, de acordo com atual legislação, as disposições concernientes à responsabilidade penal da pessoa jurídica não são aplicadas, uma vez que não existem normais processuais que permitam sua realização. (tradução nossa).

²³⁶ “Art. 3º – A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” (BRASIL, 1941).

princípios é desconhecer as peculiaridades do Direito Processual Penal. O fenômeno da responsabilidade civil da pessoa jurídica não se reproduz na seara penal. É trazer para a área penal conceitos e determinações que não se adaptam a seus princípios. É a utilização simbólica do Direito Penal e Processual Penal.

6 CONCLUSÃO

A sociedade pós-moderna é marcada por ser um período de transição. Sua efemeridade é destacada em todos os setores, tanto no progresso das ciências quanto no desenvolvimento tecnológico. O ritmo das mudanças, inclusive sociais, não guarda similitude com outros períodos da história da humanidade. O que é novo neste instante transforma-se em obsoleto no decorrer de poucos anos; a viagem, que demorava dias, realiza-se em poucas horas; a mensagem, antigamente enviada por carta, é transmitida ao vivo. O perto e o longe se confundem temporal e espacialmente.

Essas mudanças tão radicais provocaram um rompimento com o paradigma anterior. As estruturas da sociedade sofreram/sofrem um abalo de difícil previsibilidade. As companhias tornaram-se multinacionais, o trabalho não é mais necessariamente exercido dentro da empresa, o pai não é mais o chefe da família, o casamento não exige pessoas de sexos opostos, a religião é uma escolha pessoal, etc. Essas transformações no processo tecnológico/científico e na estrutura da sociedade caracterizam o momento atual e provocam uma grande sensação de angústia diante do novo.

As modificações da sociedade pós-moderna trouxeram, ainda, outro aspecto inexistente nos períodos anteriores: o risco. Não se quer dizer com tal afirmação que o risco não existisse em outros períodos, todavia, os riscos da pós-modernidade têm peculiaridades próprias. São riscos provenientes do próprio desenvolvimento científico-tecnológico, riscos derivados da superprodução industrial. Se, no passado, os riscos eram oriundos de uma falta de conhecimento técnico-científico, os riscos do presente são provenientes desse desenvolvimento sem limites. São riscos de grandes proporções, muitas vezes invisíveis, que podem culminar com a extinção da vida no planeta. Destacam-se, por exemplo, a utilização da energia nuclear, a manipulação genética, o efeito estufa, a depleção da camada de ozônio, a desertificação, etc.

Diante desses riscos de proporções incalculáveis, o cidadão exige uma resposta do Estado e do Direito. Necessária se torna a construção de um arcabouço jurídico para regular e delimitar o exercício de certas atividades perigosas. O Direito não pode se afastar de regulamentar os anseios sociais.

De tal forma, com o intuito de conservar e preservar o meio ambiente, surge um novo ramo do Direito: o Direito Ambiental. O Direito Ambiental constitui uma das perspectivas dos Direitos Humanos, ou seja, pertence aos chamados direitos de solidariedade. Como direito de solidariedade, procura proteger todo o gênero humano, apresentando, assim,

natureza difusa. Traz um conjunto de princípios e normas obrigatórias, determinantes das atividades humanas, com o intuito de tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Ao buscar a efetivação de seu objetivo, o Direito do Ambiente irá se relacionar, constantemente, com as demais disciplinas jurídicas. Esse caráter transversal demonstra que o Direito Ambiental adentra os mais variados ramos do direito positivo, exigindo-lhes a preservação e a conservação do meio ambiente. Assim, o Direito Ambiental interagirá com o Direito Civil, Tributário, Trabalhista, Administrativo e, no caso que mais interessa ao presente trabalho, com o Penal.

Ao Direito Penal cabe a defesa dos bens jurídicos mais importantes para a coletividade, ou seja, o seu escopo é tutelar os bens jurídicos selecionados por critérios político-criminais lastreados na Constituição Federal. Como a Constituição Federal de 1988 tem como seu princípio central a dignidade da pessoa humana, esta não deixou de exigir a proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental. Existe uma íntima relação entre o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde e o direito à vida digna. Um meio ambiente ecologicamente equilibrado é necessário para a saúde e a saúde é um imperativo para uma vida decente. São direitos que se complementam em busca da elevação do ser humano.

De tal forma, natural é que o meio ambiente venha a receber a tutela do “ramo mais forte do Direito”. Como salientado, a qualidade do ambiente é um dos bens mais imprescindíveis para a sociedade, fazendo jus à proteção pelo Direito Penal. Aliás, a própria Constituição da República de 1988 determina, de forma expressa, a responsabilidade penal pelos danos e prejuízos ambientais no seu art. 225, § 3º.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 instituiu a necessidade de uma punição penal perante os danos cometidos contra o meio ambiente, foi publicada a Lei nº 9.605/98 para regulamentar a matéria. Tal diploma procurou unificar o tratamento penal dado aos delitos que prejudicam o meio ambiente, sendo, por isso, identificado por alguns como o “Código Penal Ambiental”. Nele, além das infrações administrativas, foram estabelecidos os delitos contra a flora, a fauna, o ordenamento urbano e cultural e de poluição. Ademais, foram previstas, também, normas para aplicação da pena e apreensão do produto do crime.

O caráter especial da Lei nº 9.605/98, contudo, não se limita somente a sua temática. Verifica-se, ao se analisar diversas de suas disposições, um afastamento do Direito Penal tradicional. Emprega-se, em não raros momentos, a técnica legislativa conceituada como norma penal em branco, prescreve vários crimes de perigo e estabelece a possibilidade de

responsabilização penal dos entes coletivos. Aliás, destaca-se a Lei nº 9.605/98 por ser precursora, no direito pátrio, dessa incriminação.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, apesar de aceita pela maioria dos tribunais brasileiros, não é tema pacífico dentro da doutrina. A responsabilização penal do ente coletivo contradiz diversos princípios penais garantidores dos direitos fundamentais do cidadão. Primeiramente, observa-se que, quando a Constituição Federal de 1988 menciona a responsabilidade penal pelos danos ao meio ambiente, ela se dirige às condutas e não às atividades. As pessoas jurídicas não têm existência física, não realizam conduta e, de tal maneira, não podem cometer delitos. Ademais, as pessoas jurídicas não cumprem os fins da pena, ou seja, quem pode sofrer os efeitos da prevenção geral e especial são, apenas, os seres humanos. Por fim, os entes morais não podem, por não possuírem culpabilidade, cumprir o terceiro elemento da teoria analítica do crime.

Diante da impossibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas, conclui-se pela ilegitimidade da utilização do Processo Penal para sua condenação. É inegável o caráter instrumental do Processo Penal, ou seja, somente poderá haver sanção penal por um crime decorrente de seu desenrolar. O Processo Penal regula o *jus puniendi* do Estado e estabelece garantias para que somente haja uma aplicação de pena fruto de uma “discussão democrática entre as partes”. Contudo, saliente-se novamente que as pessoas jurídicas não podem cometer delitos, sendo assim, também não podem responder a um Processo Penal.

O Processo Penal é, também, ilegítimo para a condenação dos entes coletivos porque instrumentaliza a possibilidade da aplicação da pena privativa de liberdade, o que não é possível para as pessoas jurídicas. Argumenta-se, como contraponto, que as pessoas jurídicas poderiam ser sancionadas por outros tipos de penas, como multa, restrição de direitos, prestação de serviços à comunidade. Contudo, observa-se que essas mesmas sanções já estão estabelecidas no âmbito do Direito Administrativo, ou seja, é ilegítima a utilização do Direito Penal e, conseqüentemente, do Direito Processual Penal, observando-se o princípio da *ultima ratio*. Se já existe outro ramo do Direito que perfeitamente tutela o bem jurídico, e se as sanções são as mesmas, não há que se falar, para o caso, em Direito Penal e Processo Penal. Alega-se, ademais, que seria mais uma punição a que estaria sujeito o poluidor, contudo, não se necessita de mais uma punição, mas sim de uma efetiva e célere punição (administrativa) que não venha atender a fins simbólicos.

Por fim, diante de todo o exposto, não se propõe que a pessoa jurídica fique impune pelas atividades lesivas ao meio ambiente. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental que não pode ser negligenciado. O que não se aceita, entretanto, é o

desrespeito aos princípios e institutos do Direito Penal e, conseqüentemente, do Direito Processual Penal. O que deve ser promovido, com tenacidade, é a proteção do meio ambiente pelos institutos próprios, no caso do ente coletivo, do Direito Civil e Administrativo.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Agripa Faria. **A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck**. Geosul, Florianópolis, v.15, n.30, p 150-167, julho/dez. 2000. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/14312>>. Acesso em: 17 ago. 2013.
- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ARAÚJO, Sérgio Luiz Sousa. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte, Mandamentos, 1999.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BENJAMIM, Antônio Herman. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010.
- BRASIL. **Relatório final do anteprojeto de Código Penal elaborado pela comissão especial de juristas**. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 01 set. 2013.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1). **Mandato de Segurança MS: 21154 BA 0021154-60.2010.4.01.0000**. Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo. Data de Julgamento: 21 mar. 2012. Segunda Seção. Data de Publicação: e-DJF1 p. 52, de 19 abr. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp: 564960 SC 2003/0107368-4**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data de Julgamento: 01 jun. 2005. T5 - Quinta Turma. Data de Publicação: DJ 13 jun. 2005. p. 331RDR vol. 34 p. 419.

BRASIL. **Lei N. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. **Lei N. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em: 16 ago. 2013.

BRASIL. **Decreto-lei N. 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Lei de introdução ao Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto-lei N. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto-lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito penal de risco e responsabilidade penal da pessoas jurídicas: a propósito da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito penal econômico e legitimação da intervenção estatal. Algumas linhas para a limitação ou não-intervenção penal no domínio econômico à luz da função da pena e da política criminal. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (coord.). **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **O outro lado do meio ambiente**. Campinas: Millennium, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONAMA (Conselho Nacional do Meio-Ambiente). **Resolução CONAMA 306, de 5 de julho de 2002**. Estabelece os requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=306>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

COSTA, Beatriz Sousa. **Meio ambiente como direito à vida**. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal ecológico** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (coord.). **Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. 1. ed. 1974 reimpressão Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. São Paulo: Almedina, 2001.

FICHTER, Joseph H. **Sociologia**. São Paulo: Pedagógica Universitária, 1973.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GALVÃO, Fernando. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GOLDSCHIMDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GUIVANT, Julia S. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. Estudos Sociedade e Agricultura, 16, abril 2001: 95-112. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/14312>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**. Tradução: Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

HENNION, Marie-Claire. Água, uma vítima dos poluentes. In: BEAUD, Michel; BEAUD, Calliope; BOUGUERRA, Mohamed Larbi (dir.). **O Estado do ambiente no mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

IBGE (Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia). **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em 01 ago. 2013.

JORNAL ESTADÃO. **ONU: População mundial é de 7,2 bilhões de pessoas**. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,onu-populacao-mundial-e-de-72-bilhoes-de-pessoas,1042156,0.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1999.

LOPES, Jair Leonardo. Responsabilidade penal incompatível com a natureza da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. v.3. rev., atual, e reform. Campinas: Millennium, 2002.
- MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e o sistema processual penal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e os direitos humanos**. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 ago. 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. **Eco 92**. (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento). 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo**. (Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano). 1972. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em 17 ago. 2013.
- NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2013.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: introdução e parte geral**. 36. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

PINTO, Felipe Martins. **Introdução crítica ao processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. Denúncia em face da pessoa jurídica, na perspectiva do direito brasileiro. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 4. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 3. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE JÚNIOR, Miguel. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REVISTA EXAME. **10 empresas brasileiras que são mais ricas que muitos países**. 16 out. 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/10-empresas-brasileiras-que-sao-mais-ricas-que-muitos-paises#4>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

REVISTA VEJA. **Desastre ambiental no Golfo do México**. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/tema/desastre-ambiental-no-golfo-do-mexico>>. Acesso em: 02. set. 2013.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas processuais penais: uma contribuição para a adequação constitucional da persecução penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.). **Grandes temas de direito administrativo**: uma homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi. Campinas: Millenium, 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. organização e tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Anotações sobre o princípio *societas delinquere non potest* no direito penal moderno; um retrocesso praticado em nome da política criminal? In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

SARAIVA (org.). **Legislação de direito ambiental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilização penal da pessoa jurídica**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. Crimes informáticos: sua vitimização e a questão do tipo objetivo. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (coord.). **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A revisão do modelo constitucionalista de ilícito penal e a chamada “orientação às consequências”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). **Direito penal contemporâneo**: questões controvertidas. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Parecer a Nilo Batista sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coord.). **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.