

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

— BREVES NOTAS SOBRE A PRINCIPIOLOGIA AXIOLÓGICO- -CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE TUTELA DO AMBIENTE

JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO

O artigo objectiva ressaltar a importância dos princípios no Direito Penal, realçando a vinculação das normas penais à axiologia constitucional democrática. A partir da problemática jurídica envolvida na tutela do ambiente, é aberta a porta de entrada do fenómeno neoconstitucionalista na seara penal. A tutela ambiental é apresentada como ponto de tensão a ser solucionado na necessária compatibilização da contenção da violência urbana e da realização da qualidade de vida. Por fim, o Direito Penal do Ambiente é criticado pelo seu carácter excessivamente simbólico e por criminalizar desproporcionalmente os problemas sociais.

SUMÁRIO: 1 — Introdução. 2 — Do Novo Paradigma Exigido na Tutela Ambiental. 3 — Da Necessária Compatibilização entre a Contenção da Violência Urbana e a Realização do Direito à Qualidade de Vida. 4 — Os Princípios, o Neoconstitucionalismo e o Estado de Direito. 5 — Da Principiologia do Direito Penal de um Estado (Substancial) de Direito. 6 — Considerações Finais.

1 — INTRODUÇÃO

A partir da relação entre a Constituição e o Direito Penal, o presente artigo visa fomentar um repensar do emprego do Direito Penal na tutela do ambiente. Este convite reflexivo se põe através do confronto entre os princípios penais formadores de um Estado Democrático de Direito, ou seja, axiomas de nível constitucional, e o sistema infraconstitucional de normas penais, de forma a tentar tornar visível a ilegitimidade do uso primário do instrumental jurídico-penal na tutela do ambiente.

Em verdade, assumindo uma filiação à linha roxiniana de pensamento, não acreditamos no manejo do Direito Penal sem que seus fins regentes sejam conhecidos e expressamente reconhecidos como elementos integrantes da política criminal. Não se pode duvidar de que os pressupostos da punibilidade devem orientar-se necessariamente pelos fins do Direito Penal, entretanto, o mais importante consiste na inserção dos Direitos Humanos e dos princípios

do Estado Social e de Direito nas valorações político-criminais¹. Com razão, Figueiredo Dias expõe que os fins político-criminais devem ser buscados e fixados dentro do âmbito dos valores e interesses integrantes do “consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição”, pois somente por esta via poderá a política criminal conferir “importância primária à protecção dos direitos, das liberdades e das garantias de *toda e qualquer pessoa*”².

Nestes termos, resta claro que a influência na dogmática jurídico-penal dos princípios e valores implícita ou explicitamente reconhecidos na Constituição somente pode ocorrer por meio dos fins regentes da política criminal, posto serem elementos valorativos e, por consequência, legitimadores ou deslegitimadores das incriminações positivadas na legislação infraconstitucional. Como Roxin já havia prescrito na década de 1970, o Direito Penal é o instrumento por meio do qual os fins político-criminais ganham vigência jurídica³. Ressalta Nilo Batista que o Direito Penal desempenha um relevante papel político, em especial, no controle social, pois é a decisão política constitutiva — Lei — que transforma o ilícito em crime, e, por meio de outra decisão, também de carácter político, aplica-se a pena⁴. Neste sentido, temos um triângulo, cujos ângulos são a Constituição com seus princípios e valores, o Direito Penal e a Política Criminal.

2 — DO NOVO PARADIGMA EXIGIDO NA TUTELA AMBIENTAL

A falência do Direito Penal em sua missão de garantir os bens jurídicos parece-nos evidente, inclusive, os ambientais. Não se pode esquecer que o Direito Penal é um meio repressivo e não preventivo — somente actua após o dano ou o perigo de dano —, sendo que sua utilização carrega, como exposto nas palavras de Baratta, “uma função ativa de reprodução e produção” das relações de desigualdade económico-sociais, função essa que se soma à sua inafastável selectividade, que se entende como o processo de escolhas existente desde a fase do nascimento da norma penal e que permanece activo até o momento da aplicação (ou recusa)⁵ da pena no caso concreto.

¹ ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil — Band I — Grundlagen — Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 222. No entendimento de Roxin, a força e a inevitabilidade dos citados fins político-criminais chegam ao ponto de, inclusive, terem validade supranacional no âmbito da Comunidade Europeia e se tornarem elementos do Direito Penal Europeu. *Op. cit.*, p. 222.

² DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal — Parte Geral — Tomo I — Questões Fundamentais — A Doutrina Geral do Crime*, 1.^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 35.

³ ROXIN, Claus, *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal* (trad. Luís Greco), Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

⁴ NILO, Batista. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 11.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, pp. 22, 44 e 45.

⁵ BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal — Introdução à Sociologia do Direito Penal*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999, p. 166.

A preocupação de Pereira Lira quanto ao manuseio de um instrumental jurídico que proteja as áreas verdes⁶ não pode ser atendida pelo Direito Penal, isto porque, como apontado por López Ramón, o essencial é que se imponham aos responsáveis, pelas infrações urbanísticas, os deveres de: restaurar a ordem urbanística alterada, reparar os bens afectados e indemnizar os danos e prejuízos causados⁷.

Entendemos como correcta a busca de meios jurídicos que possam contribuir para a mitigação de, como exposto por Baratta sobre a realidade brasileira, uma história antiga de contínua exclusão, que se iniciou com a abolição da escravidão e foi corroborada pelo processo de urbanização que se deu através da remoção dos bairros pobres das regiões centrais para as periféricas, ou seja, sob o ponto da cidade, houve efectivas operações de “higiene social”⁸. Conforme Pereira Lira, “as cidades inchadas e o assentamento iníquo no solo urbano, com evidente prejuízo das populações carentes, são factores intensamente criminógenos”⁹.

É insuperável reconhecer a existência de certa relação entre a “criminalidade” e a urbanização. Por exemplo, a Escola de Chicago de Ecologia Humana propõe como factor de redução dos índices de criminalidade, a dispersão de conjuntos habitacionais em diversos bairros ao invés de se realizar a concentração dos mesmos em bairros pobres e sem os serviços públicos¹⁰, o que, de certa forma, reforça a necessidade de que as políticas de urbanização levem em consideração a existência dos “factores criminógenos” levantados por Pereira Lira. Ressalvamos, porém, que, nesta relação, os termos “criminalidade” e “factores criminógenos” não são os mais correctos, mas, sim, criminalização e factores de criminalização, de forma a fugir de uma renovada concepção lombrosiana de crime, principalmente, quando o Direito Penal simbólico é um meio recorrentemente empregado.

Em texto mais recente, Pereira Lira descreve os principais problemas na ocupação do espaço urbano, que, em última análise, terminam por agravar os problemas ora tratados. Ressalta que o assentamento urbano é desordenado e “efectivado sob o domínio da chamada segregação residencial, por força do qual as populações carentes e de baixa renda são ejectadas para a periferia do espaço urbano”, lugar em que vivem em “condições dilacerantes”¹¹. Outra causa apontada consiste na “desenvolta actividade especulativa”,

⁶ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 291.

⁷ RAMÓN, Fernando López, *Introducción al Derecho Urbanístico*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 188.

⁸ BARATTA, Alessandro, Prefácio, in: MALAGUTI BATISTA, Vera, *Díficeis Ganhos Fáceis — Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 21.

⁹ LIRA, Ricardo Pereira, *op. cit.*, p. 287.

¹⁰ VOLD, George B., BERNARD, Thomas, SNIPES, Jeffrey B., *Theoretical Criminology*, 5.^a ed., New York: Oxford University Press, 2002, pp. 133 e 134.

¹¹ LIRA, Ricardo Pereira, “A Questão Urbano-Ambiental”, *Revista da EMERJ*, vol. 9, n.º 38, Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2007.

que cria “banco de terras em mãos de particulares, entesourando lotes e glebas”¹². No entanto, há causas outras que nos furtamos de mencionar, visto que os exemplos apontados já são suficientes para demonstrar que, dentro deste quadro, é patente a ineficácia do instrumental jurídico-penal como meio de protecção primária do ambiente.

3 — DA NECESSÁRIA COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE A CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA URBANA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO À QUALIDADE DE VIDA

A importância de se relacionar uma visão criminológica ao urbanismo está no facto de que a primeira oferece os meios para se diagnosticar as raízes da violência urbana¹³. Assim, é possível que se actue em favor de sua mitigação, de maneira que se reduzam os seus efeitos na degradação da qualidade de vida, inclusive, para que se perceba que, historicamente, o sistema penal é uma fonte criadora de violência urbana.

Não restam dúvidas de que a concretização do direito à qualidade de vida deve nortear as discussões urbanísticas, pois, nesta seara, todo esforço teórico-jurídico deve servir à realização efectiva do Homem enquanto um ser social e urbano. Inclusive, este norte encontra-se reconhecido na legislação brasileira em razão de ser uma das directrizes do Estatuto da Cidade¹⁴. Em outras palavras, cumpre ao jurista preocupado com as questões urbanísticas trabalhar a ciência jurídica de modo que esta seja capaz de concretizar o direito fundamental¹⁵ à qualidade de vida.

Impende recordar que a qualidade de vida é também assegurada através da tutela do ambiente¹⁶, o que, no Brasil, é directriz do Estatuto da

¹² LIRA, Ricardo Pereira, *op. cit.*

¹³ Entende-se que tal conceito deve ser trabalhado em sentido lato, logo violações às leis ambientais e urbanísticas estão, igualmente, incluídas em seu bojo. No mesmo sentido: SARNO, Daniela Campos Libório Di Sarno, *Elementos de Direito Urbanístico*, Barueri: Editora Manole, 2004, p. 102.

¹⁴ Lei 10.257/2001 — Art. 2.º: “A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes directrizes gerais:

I — garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.”

¹⁵ Adota-se a crítica de Alexy, no sentido de que os direitos fundamentais não são direitos humanos transformados em direito constitucional, mas, sim, direitos fundamentais que devem representar os direitos humanos positivados na Constituição. ALEXY, Robert, “Los Derechos Fundamentales”, *in*: ALEXY, Robert, *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios* (trad. Carlos Bernal Pulido), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 28.

¹⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — Art. 225.º: “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.”

Cidade¹⁷, logo se deve compatibilizar a tutela ambiental com a utilização de um instrumento jurídico que não crie mais violência urbana, de forma a se concretizar o direito à qualidade de vida e a cidades sustentáveis. Em Portugal, a solução é a mesma, assim, devemos nos valer dos artigos 65.º e 66.º da CRP, e da 4.ª Revisão Constitucional (LC n.º 1/97), para verificarmos a preocupação do Poder Constituinte Originário e do Reformador com a habitação, o urbanismo, o ambiente, a qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável.

O cerne da discussão jurídica consiste em não poder perder de vista as conseqüências sociais dos meios jurídicos empregados e, igualmente, a legitimidade axiológico-constitucional que norteia a escolha e aplicação do instrumental jurídico na tutela ambiental e na concretização do direito à qualidade de vida e a cidades sustentáveis, sob pena de cairmos em uma visão “honestamente ingênua”¹⁸ e não sermos capazes de superar a “crise de legitimação do Direito”¹⁹.

Assim, verificam-se dois direitos em relação de tensão, não antagônicos, por vezes até dependentes e complementares, todavia, conforme o meio empregado para a realização de um, o outro pode vir a ser, também, realizado ou, até, mitigado. Com base nesta consideração, é possível afirmar que a questão em análise não se refere a uma ponderação de interesses propriamente dita, mas, sim, a uma organização ótima dos instrumentos jurídicos, posto que a manutenção do ambiente é uma das condições para se ter qualidade de vida. Neste sentido, o objectivo — que deve ser perseguido pelo Legislador — consiste em encontrar o instrumental jurídico apto a satisfazer os direitos ora envolvidos e, conseqüentemente, aumentar a compatibilidade prática entre eles.

4 — OS PRINCÍPIOS, O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTADO DE DIREITO

Este estudo fugirá de considerações criminológicas mais profundas, logo furtará a investigar as mazelas criadas pela criminalização de certos proble-

¹⁷ Lei 10.257/2001 — Art. 2.º: “A política urbana tem por objectivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) VI — ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: (...) g) a poluição e a degradação ambiental; (...) VIII — adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; (...) XII — proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico.”

¹⁸ COUTINHO, Ronaldo do Livramento, “Direito Ambiental das Cidades: Questões Teórico-Metodológicas”, in: COUTINHO, Ronaldo do Livramento, ROCCO, Rogério (org.), *O Direito Ambiental das Cidades*, Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2004, p. 19.

¹⁹ COUTINHO, Ronaldo do Livramento, *op. cit.*, p. 31.

mas económico-sociais. No entanto, com base na axiologia e nos princípios formadores do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, tentaremos modestamente contribuir para o debate da impossibilidade de o arcabouço jurídico-penal ser primariamente utilizado na protecção do ambiente²⁰.

Assim, cumpre-nos recorrer à principiologia do Direito Penal que, em um Estado Democrático de Direito, representa a garantia do cidadão frente ao poder punitivo do Estado²¹. Interessa notar que, na actualidade, as referências ao “neoconstitucionalismo” se encontram em voga, desse modo, para não passar em branco, ressalva-se que a principiologia formadora do Direito Penal Liberal confere conteúdo ao Estado de Direito e se amalgama dentro do fenómeno neoconstitucionalista, que teve início no processo de reconstitucionalização e estabilidade política europeia do pós-guerra. Ribas Vieira e Josué Mastrodi afirmam que o modelo constitucional europeu pós-45 foi “muito bem sucedido em termos de concretização constitucional e estabilidade política e, agora, fortemente estruturado e protegido por um sistema democrático”²².

No mesmo sentido, Barroso ao expor que, por meio da aproximação dos conceitos de Democracia e Constitucionalismo, produziu-se a ideia de Estado Democrático de Direito²³. É válido, ainda, realçar que outros termos podem ser utilizados para designar o ora invocado “neoconstitucionalismo”, por exemplo, Guastini emprega o conceito “constitucionalização do ordenamento jurídico” em sua substituição. Para Guastini, o citado termo significa o processo de transformação do ordenamento jurídico em que, ao final, o sistema normativo resulte absolutamente impregnado pelas normas constitucionais, isto é, um ordenamento jurídico constitucionalizado que se caracteriza por ter uma Constituição invasora e apta a condicionar a legislação infraconstitucional, a jurisprudência, os juristas, como também, os actores políticos e as relações sociais²⁴.

Por conseguinte, quando se invoca o “neoconstitucionalismo” como fundamento do sistema jurídico, tenha-se presente que apenas um conceito material (valorativo) para o Estado de Direito é perseguido, uma vez que o conceito formal de Estado de Direito demonstrou, em nossa história, ser insuficiente

²⁰ Em Portugal, no mesmo sentido quanto à recusa do uso primário do Direito Penal, deve-se recordar a conclusão de MENDES, Paulo de Sousa, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa: AAFDL, 2000, p. 178.

²¹ “Todos esses princípios, hoje insertos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5.º) têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos.” BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal — Parte Geral*, vol. I, 10.ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, pp. 13 e 14.

²² VIEIRA, José Ribas, MASTRODI, Josué, Conclusão, in: VIEIRA, José Ribas, DUARTE, Fernanda (org.), *Teoria da Mudança Constitucional — Sua Trajetória nos Estados Unidos e na Europa*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 343.

²³ BARROSO, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n.º 60, 2000, pp. 138 e 139.

²⁴ GUASTINI, Ricardo, “La «Constitucionalización» del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano”, in: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.

para garantir as liberdades humanas, pois foi capaz, inclusive, de aceitar e reconhecer o crescimento e florescimento do regime nacional-socialista²⁵. Por tal razão, Böckenförde expõe que, após o nazismo suprimir e quebrar o Estado de Direito, as reflexões sobre o conceito de Estado de Direito esforçaram-se em definir e desenvolvê-lo a partir de dois nortes, sendo o primeiro referente à substituição do Estado de Direito burguês pelo Estado Social de Direito e o segundo à criação de um conceito material no lugar do historicamente fracassado conceito formal do Estado de Direito²⁶.

Quanto ao conceito material de Estado de Direito, Böckenförde afirma que, não obstante existirem diversas formulações, este se caracteriza em razão do poder do Estado estar vinculado a determinados princípios e valores superiores do Direito, isto porque a Constituição está convertida na positivação jurídica dos valores fundamentais da ordem da vida em comum, ou seja, as prescrições materiais constitucionais passam a ser percebidas e trabalhadas como uma ordem objectiva de valores ou como uma condensação de alguns princípios suprapositivos de justiça, logo esse sistema de valores criado pela Constituição passa a ter validade para todos os âmbitos da vida social²⁷.

5 — DA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO PENAL DE UM ESTADO (SUBSTANCIAL) DE DIREITO

A principiologia do Direito Penal é parte desta ordem objectiva de valores que dá substância ao Estado de Direito. Dentre os diversos princípios configuradores de um Direito Penal Liberal, isto é, de um Direito Penal voltado a tutelar bens jurídicos sem ser convertido em um mero instrumento de opressão estatal, podemos citar os seguintes que directamente interessam para refutar o emprego primário deste instrumental jurídico na tutela do ambiente: princípios da legalidade, subsidiariedade, exclusiva protecção de bens jurídicos e lesividade ou ofensividade.

²⁵ No tocante, vale a pena conferir Mirkine-Guetzévitch, que foi um forte defensor deste fracassado modelo constitucional. Ressalte-se o equívoco de Mirkine-Guetzévitch ao crer e afirmar que “a tendência essencial do novo direito constitucional é aquela que denominamos a tendência para a racionalização do poder”. MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *As Novas Tendências do Direito Constitucional* (trad. Candido Motta Filho), São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 23. O erro de avaliação talvez não fosse erro, mas apenas uma visão do futuro, isto pelo facto de Mirkine-Guetzévitch levar ao extremo a ideia de que a democracia é um postulado e um critério do Direito Constitucional, sendo este entendido como asseguarção da liberdade política e a sua técnica vista como técnica de liberdade. Não obstante a correcção de sua antevisão, o seu conceito se tornou restritivo demais para compreender e acompanhar as mudanças relevantes no constitucionalismo europeu anterior a 1945, o que tornou seu pensamento superado.

²⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “Origen y Cambio del Concepto de Estado de Derecho”, in: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 35.

²⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *op. cit.*, pp. 40 e 41.

O princípio da legalidade é a garantia do cidadão de que não haverá incriminação de condutas e aplicação de pena, salvo quando, assim, queridas e na exacta medida da vontade do povo, cuja voz se expressa através de seus representantes políticos por meio da Lei. Nas palavras de Jescheck e Weigend, o princípio da legalidade importa na exclusão do Direito consuetudinário e da analogia na criação e majoração de uma reprimenda penal²⁸, além de significar “o estabelecimento de importantes exigências na determinação da Lei penal (*nullum crimen sine lege certa*)”²⁹.

Ressalve-se que a crise da Lei apontada por Zagrebelsky³⁰ não atinge a Lei Penal, mas a Lei Administrativa, de maneira que permanece vivo na seara penal o pensamento de que a liberdade é um direito inerente ao Homem e que não lhe foi outorgado pelo Estado. Isto é, apenas, com base em Lei que vise ao interesse de todos — restrição do direito fundamental de liberdade fundada no princípio da proporcionalidade — o Estado pode utilizar o instrumental jurídico-penal para, pontualmente, restringir a liberdade dos cidadãos, mas, sem Lei, o Estado encontra-se insuperavelmente impedido de usar ou agravar o Direito Penal.

No rotineiro emprego do Direito Penal para a tutela do ambiente, o princípio da legalidade encontra-se ameaçado, a partir da desconsideração legislativa da certeza na descrição do tipo penal. Ou seja, neste uso, o Legislador tem optado por uma técnica que deixa o juízo de tipicidade muito fluido e aberto e dependente das mudanças do “humor legislativo” da Administração Pública. A técnica legislativa em questão consiste na “acessoriedade administrativa”, que vem sendo inserida no bojo da maior parte dos tipos penais ambientais. Como se pode antever, a dependência dos tipos penais ao Direito Administrativo de normas secundárias cria o risco de a Administração Pública realizar por conta própria, leia-se, em detrimento do Poder Legislativo, o alargamento da intervenção penal³¹, violando, por vias transversas, o princípio da legalidade penal reconhecido como basilar de um Estado Democrático de Direito^{32 33}.

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal — Parte General* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5.ª ed., Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 142 e 143.

²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 146.

³⁰ “Hoy día ya no se mantienen los caracteres liberales de la ley, concebida como limite a la situación de liberdade natural presupuesta em favor de los particulares.” ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia* (trad. Marina Gascón), Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 36.

³¹ Neste sentido, concordamos com COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, “Sentido e Limites da Proteção Penal do Ambiente”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n.º 10, 2000, pp. 381 e 382.

³² Vejamos o exemplo brasileiro do crime do artigo 45.º da Lei 9.605/1998: “Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais: Pena — reclusão, de um a dois anos, e multa.” Esta norma incriminadora se utiliza da acessoriedade administrativa na definição do termo “madeira de lei” — que de Lei nada tem, mas sim de acto administrativo — e da técnica das normas penais em branco em sua parte final no que toca a “em desacordo com as determinações legais”. Mesmo

É insuperável a realização do confronto entre a principiologia do Direito Penal Liberal e as normas penais infraconstitucionais existentes para tutelar o ambiente, posto haver concordância de nossa parte com a lição de Ferrajoli, no sentido que há a necessidade de se introduzir uma dimensão substancial nas condições de validade das normas e na natureza da Democracia, porque a subordinação da lei aos princípios constitucionais representa um dos requisitos do constitucionalismo rígido³⁴. Em realidade, parte-se da necessária intersecção entre Direito e Moral, tal como Hart defende ao tecer fortes críticas aos utilitaristas³⁵. Apropriando-se dos termos utilizados por Hart, pode dizer-se que o escopo a ser buscado consiste em encontrar a justiça na administração das leis de tutela do ambiente, e não a justiça delas em si mesmas³⁶. No entanto, deve esclarecer-se que a moral reclamada é a sinónima dos valores que compõem uma Democracia substancial e os Direitos Humanos³⁷.

reconhecendo que as normas penais em branco são aceitas em Direito Penal, não nos parece que tal remissão, ou seja, para toda e qualquer determinação legal, atenda à certeza e à clareza exigidas pelo princípio da legalidade — substancial-penal.

³³ Ressalva-se que, mesmo na inexistência da acessoriedade administrativa, a certeza pugna como corolário do princípio da legalidade penal não seria absoluta em sentido qualitativo, todavia, apresentaria o mais elevado grau do “certo” ou “indivíduo”, assim vista como um conceito quantitativo. Neste ponto, concordamos com Kelsen ao expor que “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções”. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito* (trad. João Batista Machado), 7.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390. Neste tocante, rejeitamos a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, porque apesar de a utilização da “verdadeira história política de sua comunidade” até restringir as “convicções políticas” do magistrado “em seu juízo interpretativo geral”, não há qualquer garantia de que tal restrição se dê em consonância com as efectivas convicções políticas da sociedade — sob pena de ser uma falácia e um meio de justificar e legitimar o arbítrio na aplicação do Direito — e também de que não seja feita em prol de um grupo político dominante antidemocrático, vejamos o exemplo nazista com o “bem jurídico” do são sentimento do povo alemão. DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito* (trad. Jefferson Luiz Camargo), 2.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, in: CARBONELL, Miguel (org.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 19.

³⁵ HART, H. L. A., “Separation of Law and Morals”, in: Ronald Dworkin (org.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, p. 23.

³⁶ HART, H. L. A., *op. cit.*, pp. 36 e 37.

³⁷ Alexy aponta três formas de vinculação entre o Direito e a Moral: a primeira, é a inclusão no Direito de princípios e argumentos morais; a segunda, por meio da Moral como forma de limitação do conteúdo possível do Direito; a terceira, através da fundamentação moral de um dever de obediência ao Direito; in: ALEXY, Robert, *La Institucionalización de la Justicia* (trad. José Antonio Seoane et al., Granada: Editorial Comares, 2005, p. 20. Esta classificação foi trazida apenas para ilustrar os pontos de contacto entre Direito e Moral, logo não assumimos qualquer posição a favor da noção de correção tal como tratada por Alexy. Em realidade, não aceitamos que a Moral suplante o Direito para fortalecer o *jus puniendi* estatal, mesmo que haja uma nobre razão. A ponderação de interesses pugnada por Alexy na seara criminal tende a, inexoravelmente, escancarar as portas do Estado de Direito para o autopoiético fortalecimento do sistema punitivo estatal. “Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. *A histórica ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.*” ZAFFARONI, E. Raul, BATISTA, Nilo, et al., *Direito Penal Brasileiro — I*, 1.ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 99.

A partir da redefinição de Ferrajoli dos direitos fundamentais, enquanto direitos necessários à satisfação do valor das pessoas — humanidade — e à realização da igualdade entre elas³⁸, forma-se uma nítida imagem da Moral que deve permear o Direito^{39 40}. Com o intuito de evitar críticas antecipadas à opção política em favor dos valores morais, há de se alertar que o Direito Penal é um essencialmente instrumento político. Para Nilo Batista, o Direito Penal desempenha um relevante papel no controle social, pois é a sua decisão política constitutiva — Lei — que transforma o ilícito em crime; sendo que, por meio de outra decisão também de carácter político, aplica-se a pena⁴¹, logo nada mais legítimo e democrático que escancarar este lado político e, assim, definirmos publicamente a política criminal que desejamos para fortalecer o Estado de Direito.

A criminalização primária e a secundária de determinada conduta, enquanto actos de carácter político, envolvem, respectivamente, um juízo moral por parte do legislador e do magistrado. Não há dúvidas de que os debates e as divergências hermenêuticas que envolvem os processos de criminalização primária e secundária são inexoravelmente políticos⁴². Como estes fenómenos político-jurídicos envolvem a restrição de direitos fundamentais, principalmente, a liberdade, não se permite negligenciar a Constituição e nem os valores e princípios formadores do Estado Democrático — Substancial — de Direito, mormente em função de estas discussões serem reiteradamente fundadas em argumentos morais⁴³. Em última medida, uma análise sobre a legitimidade de uma incriminação penal é um trabalho de interpretação político-constitucional, dessa forma parte-se do pensamento de Wróblewski para afirmar que a interpretação penal constitucional está unida em elevada medida aos problemas políticos relevantes e, também, fortemente vinculada a um maior número de opções políticas a serem decididas no momento da interpretação⁴⁴.

38 FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão — Teoria do Garantismo Penal* (trad. Ana Paula Zomer Sica et al.), 2.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 836.

39 Utilizamos o termo direitos fundamentais em seu conceito materialmente aberto, de forma a abarcar os direitos escritos e não-escritos, desde que guardem relação “com os princípios fundamentais de nossa Carta Magna”. SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 6.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 101 e 110.

40 Interessante notar, apesar das críticas formuladas ao longo do texto, a descrição de Escudero Alday de nossos tempos como uma época de carácter histórico, em que ocorre a constitucionalização dos valores morais, ou seja, a incorporação da Moral pelo Direito. ALDAY, Rafael Escudero, “Metodología Jurídica y Conceptos Morales: Una Propuesta de Análisis”, in: Christian Courtis (org.), *Observar La Ley*, Madrid: Trotta, 2006, p. 83.

41 NILO, Batista, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 11.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, pp. 22, 44 e 45.

42 Para Hassemer e Muñoz Conde, o conceito de delito é o exacto reflexo de uma determinação político-criminal do merecimento da pena em uma determinada situação fáctica. HASSEMER, Winfried, CONDE, Francisco Muñoz, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valência: Tirant lo Blanch, 1989, p. 78.

43 Não raras as vezes, há o emprego de argumentos de cunho teológico e até “moralistas”.

44 WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica* (trad. Arantxa Azurza), Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 114.

O princípio da lesividade ou ofensividade, cuja existência e necessidade de observância encontram um expressivo consenso na dogmática jurídico-penal brasileira⁴⁵, enquanto desmembramento do princípio constitucional da proporcionalidade, desempenha, junto com os outros princípios configuradores do Direito Penal Liberal, importante função político-criminal no cumprimento da necessidade pugnada por Ferrajoli de se introduzir uma dimensão substancial nas condições de validade das normas e na natureza da Democracia.

Conceitualmente, o princípio da lesividade significa que a infracção penal somente estará configurada quando o interesse seleccionado pelo legislador sofrer, em concreto, um ataque efectivo ou periclitado⁴⁶. De forma mais objectiva, segundo Zaffaroni e Batista, o princípio da lesividade ou ofensividade pode ser entendido como a negativa de legitimidade à intervenção punitiva, quando não houver, “pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afectação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou colectivo”⁴⁷.

Em outros termos, um sistema penal que não respeita o princípio da lesividade é inconstitucional, por não corresponder ao mínimo que se espera de um Estado Democrático de Direito. Neste mínimo há-de incluir-se a proporcionalidade tanto na criminalização primária, quanto na secundária. O marco axiológico do referido modelo de Estado não permite que se restrinja o direito fundamental de liberdade sem que haja a devida proporcionalidade. Juarez Tavares, de forma contundente, expõe que a pena “deve guardar relação proporcional com o dano social produzido pelo delito”⁴⁸.

A lei penal brasileira de protecção do ambiente é rica em tipos penais que tendem a pôr, em concreto, de forma desproporcional, a liberdade do cidadão em risco em virtude da desconsideração da base axiológico-constitucional do Direito Penal do Estado Democrático de Direito pelos operadores jurídicos. Por exemplo, quando alguém for penalmente responsabilizado e etiquetado como criminoso em razão de ter, em sua caminhada matinal, imprudentemente, ou seja, sem intenção, vontade ou assunção do risco, pisado em algumas poucas plantas de ornamentação do logradouro público do local, onde se exercitava⁴⁹.

⁴⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, *et al.*, *Direito Penal Brasileiro — I*, 1.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 225 e ss.; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal — Parte Geral 1*. 10.^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 27 e ss.; GALVÃO, Fernando. *Direito Penal — Parte Geral*, Niterói: Editora Impetus, 2004, p. 92 e ss.; GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal — Parte Geral*, vol. I, 6.^a ed., Niterói: Editora Impetus, 2006, p. 57 e ss.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁷ ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo, *et al.*, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁸ TAVARES, Juarez, “Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais — Especial de Lançamento*, São Paulo, 1992, p. 84.

⁴⁹ Lei 9.605/1.998 — Art. 49.^o: “Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único: No crime culposos, a pena é de um a seis meses, ou multa.”

6 — CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para os fins desta investigação, permanece-se no quadro geral apresentado de como os princípios do Direito Penal de um Estado Democrático e de Direito podem pôr em xeque a tão propalada e defendida utilização do instrumental jurídico-penal como meio de protecção do ambiente contra a acção danosa ou de risco do Homem. Há-de perceber-se que o criticado emprego deste instrumental refere-se a seu uso simbólico e, conseqüentemente, desproporcional, que dá origem ao execrável Direito Penal simbólico.

Juarez Cirino bem ilustra que o Direito Penal simbólico não visa a ser efectivo, mas a actuar funcionalmente no campo político, por meio de uma produção de imagens destinadas a, psicologicamente, influir na população, de forma a serem obtidos alguns resultados úteis, dentre eles: a legitimação do poder político e a do próprio sistema penal, cujos programas criminalizantes continuamente se tornam mais desiguais e selectivos no controle das camadas sociais menos abastadas economicamente⁵⁰. Este uso político do Direito Penal potencializa-se através das agências de comunicação chegando até a se converter em uma espécie de “credo criminológico”, cuja aspiração visa a uma hegemonia ideológica “na direcção da legitimação do dogma penal como instrumento básico de compreensão dos conflitos sociais”.⁵¹

De modo mais claro, o Direito Penal não é o instrumento indicado para tratar primariamente dos problemas ambientais, já que não protege qualquer bem jurídico ambiental. O Direito Penal não é capaz de chegar antes da ocorrência do dano ou do risco. Em suma, termina sendo um instrumento de criminalização dos problemas sociais, o que, sem dúvidas, nos traz uma forte e inafastável fumaça de falta de proporcionalidade, tanto axiológica quanto jurídica, no actual manejo do Direito Penal para a tutela do ambiente.

Apesar do objectivo da presente investigação não ter sido o de minuciar os pontos de inefectividade e ilegitimidade do Direito Penal na tutela do ambiente, pensamos que, em linhas gerais, contribuimos para o fomento do debate ao indicar uma visão, de base axiológico-constitucional, para a problemática que envolve a tutela penal dos bens jurídicos ambientais.

⁵⁰ SANTOS, Juarez Cirino, “Política Criminal: Realidades e Ilusões do Discurso Penal”, in: *Discursos Sediciosos — Crime, Direito e Sociedade*, ano 7.º, n.º 12, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 56.

⁵¹ BATISTA, Nilo, “Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio”, in: *Discursos Sediciosos — Crime, Direito e Sociedade*, ano 7, n.º 12, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p. 286.