

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em linhas introdutórias, importa sinalizar, tendo em vista o corte epistemológico efetuado, o específico objeto temático definido neste trabalho, qual seja: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal.

No primeiro capítulo, por zelo ao encadeamento lógico das premissas teóricas e provenientes considerações efetuadas no decorrer do presente trabalho, optou-se por estabelecer, de plano, o referencial teórico sobre o qual tais formulações serão desenvolvidas por meio de um discurso orientado pela coerência.

Assim sendo, operou-se o enquadramento técnico-dogmático acerca da Teoria do Garantismo Penal, identificando a correlata base epistemológica garantista, e, ao final, buscou-se delimitar os pilares do mencionado modelo normativo, a saber: legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade.

No segundo capítulo, ao dar seguimento ao enfrentamento das premissas teóricas que lastrearam as formulações argumentativas desenvolvidas no decorrer do presente trabalho, fora necessário estudar a categoria político-jurídica *legitimidade*, a fim de, considerando os aportes teórico-filosóficos extraídos da concepção neoconstitucionalista e também da relação mantida entre direito penal mínimo e garantismo, incursionar detida análise sobre a *legitimidade garantista* e seus desdobramentos.

No terceiro capítulo, efetuou-se incursão técnico-jurídica acerca da tutela penal do bem jurídico meio ambiente e dos correlatos desdobramentos teóricos, perpassando pelas noções de direito penal clássico e moderno, para o fim de estabelecer o enquadramento dogmático da mencionada proteção jurídico-penal.

No quarto capítulo, fora empreendida a verificação científica, considerando os aportes teórico-filosóficos acerca da legitimidade garantista e demais desdobramentos técnico-jurídicos provenientes das premissas

estabelecidas a partir do referencial teórico selecionado, acerca da ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal.

## 2. REFERENCIAL TEÓRICO: APORTES JURÍDICO-FILOSÓFICOS ACERCA DO GARANTISMO PENAL

Primeiramente, por zelo ao encadeamento lógico das premissas teóricas e provenientes considerações efetuadas no decorrer do presente trabalho, tem-se por necessário estabelecer, de plano, o referencial teórico sobre o qual tais formulações serão desenvolvidas por meio de um discurso orientado pela coerência.

### 2.1 ENQUADRAMENTO TÉCNICO-DOGMÁTICO ACERCA DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL

Em linhas iniciais, importa ressaltar, a título de nota histórica, que a Teoria do Garantismo Penal começa a ganhar seus primeiros contornos, em plena década de 70, na Itália, originando-se, consoante registra Paulo Rangel<sup>1</sup>, de um movimento do uso alternativo do direito, propugnado por magistrados do grupo Magistratura Democrática. Com efeito, o Garantismo Penal surgiu, no âmbito da cultura jurídica italiana de esquerda na segunda metade dos anos setenta, como resposta teórica à legislação rígida e simbólica, traduzida pela redução multifocal do sistema de garantias processuais penais da época<sup>2</sup>.

Com base no referido movimento ideológico, o acusado não era considerado como objeto da investigação estatal, e sim encarado enquanto sujeito de direitos a serem tutelados pelo Estado, principalmente, no curso da persecução criminal (do inquérito policial ao processo penal).

Dentre os juízes insatisfeitos com aquele quadro verdadeiramente antidemocrático, estava Luigi Ferrajoli – o idealizador e expoente máximo da Teoria do Garantismo Penal. Em sua obra *Direito e Razão* – conclusão de uma extensa e minuciosa investigação, precedida por estudos de filosofia, epistemologia, ética, lógica, teoria e ciência do direito, dentre outras incursões,

---

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. *O clone da inquisição terrorista*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1319>>. Acesso em 10/07/2011.

<sup>2</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 61.

nos termos do prefácio confeccionado por Norberto Bobbio -, Ferrajoli sintetiza, de forma clara e precisa, o que denomina Garantismo, *in verbis*:

“Garantismo’, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela maioria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário”.<sup>3</sup>

Conceituar Garantismo sem, no entanto, referir-se ao significado e ao enquadramento técnico-dogmático concernente à categoria jurídica *Garantia* – componente essencial do aludido modelo teórico -, resultaria em uma tarefa incompleta. Por isso mesmo, Ferrajoli<sup>4</sup> expõe que *Garantia* é uma expressão, segundo o dicionário jurídico, com a qual se designa qualquer técnica normativa de proteção de um direito subjetivo. E vai além: reconhece que o significado originário do termo é mais restrito, pontuando que *Garantia*, sob a perspectiva civilista, consiste em um tipo de instituto, com raiz no Direito Romano, dirigido a assegurar a observância das obrigações e a tutela dos correspondentes direitos patrimoniais, o que oportuniza uma classificação em duas classes: garantias reais (v.g. hipoteca) e garantias pessoais (v.g. *fiança*).

Ocorre que, com a extensão semântica do termo *Garantia*, vislumbrada enquanto técnica de tutela ou satisfação dos direitos fundamentais, é possível distinguir alguns significados de garantismo a depender do tipo de direitos assegurados pelas garantias. Assim, Ferrajoli sustenta o quanto transcrito a seguir:

“Se habla así de garantismo patrimonial para designar el sistema de garantías que tutelan el derecho de propiedad y el

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, pp. 60 e 61.

resto de derechos patrimoniales; de garantismo liberal, y específicamente penal, para designar las técnicas establecidas para la defensa de los derechos de libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias; garantismo social para designar el conjunto de garantías, todavía bastante escasas e imperfectas, encaminadas a satisfacer los derechos sociales, como los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, etcétera. Con todo, la acepción prevalente de la palabra «garantismo» es la de «garantismo penal».<sup>5</sup>

Sem embargo, conforme sinalizado por Ferrajoli, a acepção prevalente do termo *Garantismo* corresponde ao *Garantismo Penal*, cuja teoria se relaciona com a exigência de proteção dos direitos fundamentais em face do poder punitivo estatal.

Com base nessas considerações estruturais e tendo em vista o quanto sustentado por Alexandre Morais da Rosa<sup>6</sup>, verifica-se que o garantismo jurídico-penal, ao tempo em que protege direitos fundamentais<sup>7</sup>, possui o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder estatal, sendo influenciado - como não poderia ser diferente! - pelos acontecimentos históricos.

Nesse sentido, é digno de nota o quanto sustentado pelo próprio Luigi Ferrajoli sobre a concepção do Garantismo Penal:

“Por otro lado, a mi juicio, una concepción de este tipo del garantismo resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados, estatales o internacionales. En efecto, todas las garantías tienen en común

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 192.

<sup>6</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 05.

<sup>7</sup> Sobre Direitos Fundamentais, Luigi Ferrajoli pontua o seguinte, *in verbis*: “Entiendo por «derechos fundamentales» - en oposición a los «derechos patrimoniales», como la propiedad y el crédito, que son derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás - aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar: ya se trate de derechos negativos, como los derechos de libertad, a los que corresponden prohibiciones de lesionar; o derechos positivos, como los derechos sociales, a los que corresponden obligaciones de prestación por parte de los poderes públicos”. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 61.

el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos; y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder. En este sentido, «garantismo» se opone a cualquier concepción tanto de las relaciones económicas como de las políticas, tanto de las de derecho privado como de las de derecho público, fundada en la ilusión de un «poder bueno» o, en todo caso, de una observancia espontánea del derecho y los derechos”.<sup>8</sup>

Diante do quanto exposto nas linhas pretéritas, percebe-se, sem maiores dificuldades, que o modelo garantista se aproxima – e muito! – da formação moderna estatal denominada *Estado de Direito*. A seguinte assertiva esclarece: o terreno no qual se ergue o Estado de Direito é campo fértil para o florescimento do garantismo penal, é dizer, o objetivo fulcral pretendido pelo ideal garantista (tutela de valores e direitos fundamentais de absolutamente todos os indivíduos, ainda que em fraca minoria) resta equacionado pelos limites (formais e substanciais) impostos ao exercício do poder nos quadros do Estado de Direito.

Nesse sentido, no que diz respeito aos limites das interferências do Poder Estatal na questão penal, Selma Santana salienta o que segue transcrito:

“A teoria do ‘garantismo penal’ sustenta a necessidade de que o Direito Penal, em sentido amplo, seja um instrumento de defesa não só social, não só dos interesses do autor do delito e da vítima, mas de defesa e limite das interferências do Poder Estatal na questão penal, através da sujeição às regras constitucionais asseguradoras dos direitos, garantias e liberdades individuais”.<sup>9</sup>

Com efeito, de acordo com Aleksander Peczenik, “*cuanto mayor sea el grado de respeto de los derechos humanos y políticos de los ciudadanos por*

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell . Madrid: Trotta, 2008, p. 62.

<sup>9</sup> SANTANA, Selma Pereira de. *A tensão dialética entre os ideais de “Garantia”, “Eficiência” e “Funcionalidade”*. In *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Organizador: Gamil Föppel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 882.

*parte de quienes detentan el poder, tanto mejor será el Estado de derecho*<sup>10</sup>. Assim sendo, verifica-se que é intrínseca a relação existente entre o Estado de Direito e o objetivo de tutela de valores e direitos fundamentais proposto pelo garantismo, tendo em vista que um alto grau de respeito aos direitos humanos e políticos dos indivíduos reflete o elevado nível de desenvolvimento do Estado de Direito.

A proximidade existente entre Estado de Direito e o modelo garantista é tamanha que, dentre as três acepções extraídas da expressão “Garantismo”, Ferrajoli identificou que o “garantismo é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de Direito”<sup>11</sup>.

Além da referida acepção (Garantismo enquanto modelo normativo de direito), a expressão “Garantismo” designa outras duas significações, a saber: a) Garantismo consubstanciando uma *teoria jurídica da validade e da efetividade*, exprimindo uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever-ser” no Direito, a fim de demonstrar a divergência entre normatividade e realidade; b) Garantismo enquanto *filosofia jurídica e crítica da política*, sinalizando o necessário ônus da justificação externa (baseada em bens e interesses erigidos a objeto de tutela jurídica) para alcançar a adesão do ordenamento jurídico (válido) a valores ético-políticos externos (justiça).<sup>12</sup>

Em síntese, as mencionadas acepções da expressão “Garantismo” complementam a finalidade precípua do modelo garantista, qual seja: a tutela de valores e direitos fundamentais de absolutamente todos os indivíduos, ainda que estes estejam em fraca minoria.

---

<sup>10</sup> PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versão Castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2003, p. 133. “(...) quanto maior seja o grau de respeito dos direitos humanos e políticos dos cidadãos por parte de quem detém o poder, tanto melhor será o Estado de Direito”. Tradução livre.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 687.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 684/685.

Assim, sob a perspectiva da primeira acepção (*modelo normativo de direito*), é preciso que o ideal garantista, enquanto reflexo da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariedade (*vide* tópico 2.3 *infra*), desenvolva-se no âmbito de um Estado de Direito, no qual existem balizas (limites formais – vínculo procedimental - e materiais – vínculo de conteúdo -) a impedir a excessiva interferência do Poder Estatal nos direitos e liberdades fundamentais garantidos aos cidadãos.

Em seqüência, tendo em vista a segunda significação (*teoria jurídica da validade e da efetividade*), é necessário que se estabeleça, mediante os conceitos garantistas de vigência, validade e eficácia normativas no Estado de Direito, o pano de fundo teórico do garantismo penal. Nesse sentido, torna-se imperioso recordar o quanto sustentado por Sergio Cademartori, cuja transcrição segue adiante:

“Em suma, o pano de fundo teórico-geral do garantismo está constituído em grande parte pela importante distinção entre quatro diferentes predicados que se podem imputar às normas: justiça, vigência, validade e eficácia (efetividade): a) uma norma é ‘justa’ quando responde positivamente a determinado critério de valoração ético-político (logo, extrajurídico); b) uma norma é ‘vigente’ quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; c) uma norma é ‘válida’ quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior; d) uma norma é ‘eficaz’ quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)”.<sup>13</sup>

A mencionada acepção demonstra a importância da atividade de análise do intérprete/aplicador (garantista) do Direito em face dos conceitos de vigência, validade, efetividade e também acerca da compatibilidade – que deve existir – entre o comando normativo e os valores ético-políticos (extrajurídicos), a fim de maximizar a tutela dos valores e direitos fundamentais dos indivíduos.

Isso porque, a partir de uma atividade interpretativa crítica, será possível identificar vícios (formais e materiais), bem assim a existência de

---

<sup>13</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª Ed. Campinas, SP: Millennium, 2006, p. 101/102.



ilegitimidade entre a norma analisada e o modelo garantista, e, assim, optar por alternativas normativas que possibilitem o maior alcance dos direitos e valores garantidos aos cidadãos.

Por fim, em relação ao terceiro e último significado (*filosofia jurídica e crítica da política*), deve ser esclarecido que o modelo garantista, ao tempo em que não desconhece a importância dos valores ético-políticos (extrajurídicos) enquanto diretivas a serem observadas, sinaliza que estes valores externos devem permanecer separados da análise do ordenamento jurídico, é dizer, não se deve confundir o “ser” e o “dever-ser” do direito; o intérprete/aplicador do Direito não deve perder de vista a divergência entre a normatividade e a realidade.

A mencionada separação é, precisamente, importante, porquanto a confusão entre a normatividade e a realidade - ou seja, a ausência de percepção quanto às distintas posições ocupadas pelos valores ético-políticos (externos) e pelas categorias normativas (internas) – viabiliza a contaminação axiológica (indesejada) no processo interpretativo e, em última análise, no atuar decisório, provocando, por via de consequência, uma incontornável violação de princípios fundamentais garantistas, que igualmente se pretende evitar.

Isso porque a ausência de distinção entre normatividade e realidade propicia, no âmbito da atividade interpretativa do Direito, a tomada de posicionamentos arbitrários (*verdadeiro decisionismo judicial*<sup>14</sup>), destituídos de uma legítima fundamentação jurídica e imparcial, sendo altamente contaminados por exagerados subjetivismos e infundados direcionamentos

---

<sup>14</sup> A expressão designa um estado patológico – que assola o âmbito jurisdicional de determinados sistemas jurídicos – caracterizado por um crescente poder judicial arbitrário, destituído de uma legítima fundamentação jurídica e imparcial, sendo altamente contaminado por exagerados subjetivismos e infundados direcionamentos axiológicos (ético-políticos). Acerca deste fenômeno deletério, Ferrajoli, apenas utilizando nomenclatura diversa, sustenta que o *decisionismo processual* “é o efeito da falta de fundamentos empíricos precisos e da conseqüente subjetividade dos pressupostos da sanção nas aproximações substancialistas e nas técnicas conexas de prevenção e de defesa social. Esta subjetividade [...] manifesta-se também no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 36/37.

axiológicos (ético-políticos), impossibilitando, assim, a necessária tutela dos valores e direitos fundamentais dos indivíduos.

Ultrapassadas essas considerações preliminares acerca do enquadramento técnico-dogmático da Teoria do Garantismo Penal, torna-se possível iniciar o estudo da base epistemológica garantista, uma vez que, estabelecidas as propostas e o objetivo central deste modelo, mais apreensível será o entendimento das premissas teórico-filosóficas que alicerçam o ideal garantidor.

## 2.2 A BASE EPISTEMOLÓGICA DO GARANTISMO PENAL

Em linhas introdutórias, torna-se necessário registrar, para que não parem dúvidas quanto à importância do objeto temático deste tópico, que é a partir do estudo das raízes epistemológicas do Garantismo Penal que se passa a entender a relação entre determinadas premissas teórico-filosóficas e o objetivo fulcral perseguido pelo modelo garantista, a saber: maximizar a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim sendo, antes mesmo de iniciar a abordagem acerca da base epistemológica do Garantismo Penal, importa tecer breves considerações sobre o que vem a ser Epistemologia<sup>15</sup> e quais contornos assume, especificamente, no âmbito jurídico, para, em seguida, traçar as raízes epistemológicas do modelo garantista.

No que diz respeito à Epistemologia Jurídica, Miguel Reale<sup>16</sup> sustenta que tal ramo filosófico-jurídico constitui a “doutrina do conhecimento jurídico em todas as suas modalidades” (o que inclui os campos de estudo do Direito, quais sejam: Sociologia Jurídica, Etnologia Jurídica, Lógica Jurídica, dentre outros),

---

<sup>15</sup> Acerca da noção de região epistemológica, Gaston Bachelard sustenta o seguinte, *ad litteram*: “Uma vez que pretendemos caracterizar o racionalismo no seu poder de aplicação e no seu poder de extensão, torna-se [...] indispensável examinar sectores particulares da experiência científica e procurar em que condições esses sectores particulares recebem não somente uma autonomia, mas ainda uma autopolêmica, ou seja, um valor de crítica sobre as experiências antigas e um valor de acção sobre as experiências novas”. BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Tradução: Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 33.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 305.

não se restringindo à Ciência Dogmática do Direito, conquanto esta determine a fase final do processo comum de investigação do fenômeno jurídico.

Vale dizer, a Epistemologia Jurídica não reduz seu correlato objeto de estudo à Ciência Dogmática do Direito; ao revés, diante da existência dos mencionados campos de estudo do Direito, este ramo filosófico-jurídico ampliou a moldura do seu quadro epistemológico e, assim, passou analisar o fenômeno jurídico sob uma perspectiva global.

Sob este viés, tendo em vista o referido alargamento dos horizontes do conhecimento relativo à Epistemologia Jurídica, Miguel Reale sinaliza uma de suas tarefas primordiais, bem como sua adequada definição, a seguir:

*“Uma das tarefas primordiais da Epistemologia Jurídica consiste, aliás, na determinação do objeto das diversas ciências jurídicas, não só para esclarecer a natureza e o tipo de cada uma delas (...) mas também para estabelecer as suas relações e implicações na unidade do saber jurídico. Compete-lhe, outrossim, delimitar o campo da pesquisa científica do Direito, em suas conexões com outras ciências humanas, como, por exemplo, a Sociologia, a Economia Política, a Psicologia, a Teoria do Estado etc. (...) Muitas são, pois, as questões com que se defronta a Epistemologia Jurídica, que poderia ser definida como sendo a doutrina dos valores lógicos da realidade social do Direito, ou, por outras palavras, dos pressupostos lógicos que condicionam e legitimam o conhecimento jurídico, desde a Teoria Geral do Direito – que é a sua projeção imediata no plano empírico-positivo – até às distintas disciplinas em que se desdobra a Jurisprudência”.*<sup>17</sup>

Verifica-se, diante do quanto exposto, que a Epistemologia consiste no ramo da Filosofia que se debruça sobre os limites e questões decorrentes da busca pelo conhecimento em determinada área do saber. É dizer, mediante o estudo epistemológico, o sujeito cognoscente – analisando as premissas teórico-filosóficas que alicerçam o respectivo objeto cognoscível com vistas a definir quais são seus horizontes epistemológicos - poderá reunir *utensílios* para desvendar o objetivo central perseguido por determinado segmento teórico do saber humano – neste trabalho, será analisada, especificamente, a base epistemológica do Garantismo Penal.

---

<sup>17</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 306.

Por isso, é importante estudar as raízes epistemológicas do Garantismo Penal para que se possa entender a relação entre determinadas premissas teórico-filosóficas e o objetivo fulcral perseguido pelo modelo garantista, a saber: maximizar a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Acerca da Epistemologia Garantista, Luigi Ferrajoli<sup>18</sup> sinaliza que o lastro principiológico que alicerça o modelo garantista – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, dentre outros – é fruto da tradição jurídica iluminista e liberalista, a qual amadureceu no século XVIII. E conclui: as premissas teórico-filosóficas extraídas de tal tradição jurídica decorrem, especificamente, das seguintes doutrinas e correntes de pensamento: doutrina dos direitos naturais, teorias contratualistas, positivismo jurídico, as concepções utilitaristas do direito e da pena, dentre outras.

Assim, é preciso entender de que forma essas doutrinas e correntes de pensamento – que traduzem o esquema epistemológico garantista – identificam qual o objetivo central perseguido pelo modelo garantista e os respectivos passos para seu delineamento e alcance.

Inicialmente, no que diz respeito às influências da doutrina dos direitos naturais sobre o modelo garantista, é necessário recordar a terceira concepção de Garantismo Penal (*filosofia jurídica e crítica da política*) e, dessa maneira, verificar que este segmento teórico não desconhece a importância dos valores ético-políticos (os quais refletem verdadeiros conteúdos ou valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e ilustrado, que não foram consagrados, na qualidade de direitos fundamentais, nas constituições modernas<sup>19</sup>) enquanto diretivas a serem observadas pelo intérprete.

---

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

<sup>19</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª Ed. Campinas, SP: Millennium, 2006, p. 99.

Com efeito, lembre-se que, no âmbito da atividade interpretativa do Direito, deve ser esclarecida a distinção entre normatividade e realidade, a fim de inviabilizar a tomada de posicionamentos arbitrários, destituídos de uma legítima fundamentação jurídica e imparcial (contaminação por infundados direcionamentos ético-políticos) para, assim, alcançar a necessária tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Já o traço contratualista presente no modelo garantista, pode ser extraído da própria finalidade perseguida pelo segmento teórico garantista, uma vez que, para que seja alcançada a maximização da tutela dos direitos assegurados aos indivíduos, é preciso que se efetive a premissa teórico-filosófica de que o Estado está alicerçado por um contrato social<sup>20</sup>. E que tal avença coletiva, nos dizeres de Jean-Jaques Rousseau, conforme uma “sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes”<sup>21</sup>.

Somente assim, com base em um sentimento coletivo de defesa dos interesses de cada integrante, será possível, verdadeiramente, alcançar a desejada otimização da tutela dos direitos assegurados aos cidadãos; a simplória expectativa de que o Estado, mediante prestações negativas e positivas, resolverá o problema, definitivamente não adiantará.

Em sequência, no que se refere à influência do positivismo jurídico sobre o modelo garantista, importa ressaltar que o Garantismo Penal deve ser visto enquanto uma teoria jurídica de cunho positivista crítico, diferenciando-se, assim, da simplista concepção juspositivista dogmática.

---

<sup>20</sup> Beccaria já havia adiantado a importância da teoria contratualista para uma legítima intervenção jurídico-penal do Estado. Confira-se: “A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade [o contrato social] constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”. BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 19/20.

<sup>21</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 31.

De acordo com Sergio Cademartori<sup>22</sup>, a teoria garantista, embora enquadrada no positivismo jurídico, adquire contornos verdadeiramente próprios, uma vez que, ao identificar a diferença substancial existente entre validade, vigência e eficácia normativa, possibilita a crítica interna ao Direito positivo vigente, tendo em vista que a crítica é pautada na análise dos aspectos internos do ordenamento jurídico (eficácia e validade).

E complementa Cademartori<sup>23</sup>: a abordagem juspositivista crítica desconstitui dois dogmas do – denominado por Ferrajoli – “juspositivismo dogmático”, quais sejam: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e destituída de valor do intérprete em relação ao Direito positivo vigente.

Isso porque, a partir de uma atividade interpretativa crítica no âmbito de um Estado de Direito, será possível identificar vícios (formais e materiais) – mediante atividade valorativa sobre o ordenamento jurídico a partir de critérios de validade - e, assim, optar por alternativas normativas que possibilitem o maior alcance dos direitos garantidos aos cidadãos, deixando de aplicar, em determinados casos, leis que, apesar de vigentes, sejam inválidas perante o texto constitucional.

Por último, mas não menos importante, observa-se a influência da concepção utilitarista do direito e da pena no modelo garantista, uma vez que a própria finalidade perseguida pelo segmento teórico garantista já expõe o necessário atendimento ao máximo bem-estar possível (tendência utilitarista) aos indivíduos através da otimização da tutela de seus correlatos direitos assegurados.

Nesse sentido, deve ser mencionado que o traço utilitarista encontrado no modelo garantista traduz uma perspectiva abrangente do moderno utilitarismo penal, uma vez que se busca, além do máximo bem-estar possível

---

<sup>22</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª Ed. Campinas, SP: Millennium, 2006, pp.103/104.

<sup>23</sup> CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª Ed. Campinas, SP: Millennium, 2006, p. 104.

dos não desviantes, o mínimo mal-estar necessário dos desviantes<sup>24</sup>, o que reflete uma verdadeira tendência ao atendimento da maximização da tutela das garantias da integralidade dos indivíduos (independentemente de quem seja: desviante ou não desviante).

Ultrapassada a análise dessas doutrinas e correntes de pensamento, importa salientar uma importante observação feita por Ferrajoli, a saber: o modelo garantista conta com um lastro principiológico que, além de formar um sistema coerente e unitário, configura um “esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar [...] o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”<sup>25</sup>.

Esse esquema epistemológico garantista é alicerçado por dois importantes princípios (legalidade estrita e estrita jurisdicionariade), os quais se relacionam, respectivamente, com a taxatividade penal (garantia penal) e com a observância do devido processo legal (garantia processual); e conformarão o objeto temático do tópico subsequente.

### **2.3 PILARES DO GARANTISMO PENAL: LEGALIDADE ESTRITA E ESTRITA JURISDICIONARIEDADE. EM BUSCA DAS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS ENQUANTO REFLEXO DAS DIRETIVAS DO ESTADO DE DIREITO**

Inicialmente, é importante registrar, novamente, que os princípios da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariade alicerçam, enquanto verdadeiros pilares, o esquema epistemológico garantista com vistas a assegurar o máximo grau de segurança jurídica e, por conseguinte, otimizar a tutela dos direitos assegurados aos cidadãos, afastando a patológica

---

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 267/268.

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

arbitrariedade estatal. E é justamente sobre tais questões que o presente tópico versará, sendo elas enfrentadas nas linhas posteriores.

Em primeiro lugar, insta assinalar que o princípio da legalidade, sob a perspectiva garantista, equivale à garantia da igualdade, liberdade e certeza, representando a base do Estado de Direito, ou seja, de um sistema político em que todos os poderes estão sujeitos aos limites legais<sup>26</sup>.

Em sequência, torna-se necessário esclarecer que Ferrajoli vislumbra o princípio da legalidade sob duas perspectivas, a saber: princípio de mera legalidade (ou legalidade em sentido lato) e princípio de estrita legalidade. De acordo com Ferrajoli<sup>27</sup>, o princípio de mera legalidade é uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais quais são formuladas e enquanto fonte formal primária (e principal) do Direito Penal. Já o princípio de estrita legalidade, este conforma uma norma dirigida ao legislador, a quem prescreve a taxatividade (utilização de termos determinados – certos e claros - na confecção dos tipos penais) e a precisão (emprego de termos com significado unívoco e preciso) das formulações legais.

Nesse mesmo sentido, Andrei Zenkner Schmidt, ao identificar como uma das funções do princípio da legalidade a de interpretação do ordenamento jurídico, sinaliza a existência das mencionadas perspectivas da legalidade nos seguintes termos, os quais seguem transcritos a seguir:

“[...] interpretação do ordenamento jurídico: considerando-se que o Direito Penal é o mecanismo de intervenção estatal que, uma vez incidente, mais suprime direitos fundamentais (principalmente a liberdade), atua o princípio da legalidade como mecanismo de segurança jurídica que, por um lado, determina ao legislador o mandado de certeza [taxatividade], e, ao juiz, a interpretação restritiva de tipos penais incriminadores, ou seja, uma interpretação constitucional do Direito Penal”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell . Madrid: Trotta, 2008, p. 127.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 31 e 76/77.

<sup>28</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 363.



Com efeito, tendo em vista que, mediante a utilização do aparato jurídico-penal, ocorre a intervenção estatal mais severa na liberdade do indivíduo, a segurança jurídica exige que o indivíduo seja protegido – por meio de uma vinculação legal rigorosa – contra decisões imprevisíveis (arbitrárias), bem assim que as leis sejam efetivamente determinadas (taxativas: certas e claras) para o reconhecimento prévio do que realmente será punível<sup>29</sup>.

O princípio da legalidade deve ser encarado, de fato, como um princípio de caráter verdadeiramente garantista<sup>30</sup>, ou seja, além de amparar e proteger a todos (independentemente de quem seja: desviante ou não desviante), a norma penal deve indicar – sem espaços para incertezas ou conjecturas – em quais situações o aparato jurídico-penal intervirá, a fim de evitar que o indivíduo seja surpreendido por uma intervenção penal abusiva e excessiva - realizada sem as necessárias limitações legais.

Sobre a importância da legalidade e sua compatibilidade com o modelo garantista, Luiz Luisi<sup>31</sup> sinaliza que o referido princípio, além de balizar o poder punitivo estatal nos limites da formulação legal, atribui ao Direito Penal uma função de garantia. Isso porque o princípio da legalidade determina o alcance das figuras delitivas e os limites da sanção penal, assegurando ao indivíduo que somente por certos e taxativos fatos previamente definidos em lei como

---

<sup>29</sup> ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 21.

<sup>30</sup> No diz respeito ao princípio da legalidade, enquanto ideal radicalmente garantista, observe o que sustenta Gamil Föppel, *ad litteram*: “Insta assinalar, neste instante, que o compromisso da legalidade penal deve ser sempre com o Réu, haja vista que, historicamente, a legalidade surgiu para protegê-lo dos abusos do poder centralizado. Ou seja: entenda-se a legalidade como um princípio de preservação ao infrator, jamais contra ele, ou, dizendo ainda de forma mais clara, a legalidade jamais poderá ser invocada contra a pessoa do Réu. Alguém poderia supor uma contradição em semelhante posicionamento, haja vista que se defende que as normas penais beneficiam o Réu. Como uma norma incriminadora beneficiaria o Réu? A resposta é simplória. As normas penais são editadas para a garantia da pessoa do Réu, indicando em quais situações poderá o Estado intervir. Têm a finalidade, ainda, de evitar que o indivíduo sofra abusos e excessos, afinal, por mais gravosa e draconiana que uma lei seja, ela é a garantia e a sua preservação, pois o limite da condenação ali está”. FÖPPEL, Gamil. *O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista*. In *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Professor Fernando Santana*. Coordenador: Gamil Föppel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 507/508.

<sup>31</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 23.

crime, e naquelas penas previamente delimitadas poderá ser responsabilizado criminalmente.

É por tudo isso que, em especial, o princípio de estrita legalidade merece destaque nesse tópico, uma vez que a taxatividade das normas – por meio da clareza e certeza necessárias, bem como da precisão (mediante a utilização de termos com significado unívoco e preciso) – é fator decisivo para o alcance da função de garantia atribuída ao Direito Penal e, assim, evitar as indesejadas intervenções estatais arbitrárias (abusivas e excessivas, porque sem limitação legal).

Nesse mesmo sentido, Luiz Luisi adverte que, sem o corolário da taxatividade penal, o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, porquanto de nada valeria a anterioridade da lei, “se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei”<sup>32</sup>.

Sem embargo, é, justamente, por meio da observância ao princípio de estrita legalidade que se evita a confecção de normas penais que contêm desde termos indeterminados (sem a clareza e certeza necessárias) a vocábulos plurissignificativos (sem a precisão e a univocidade semântica imprescindíveis) e, por conseguinte, evita-se também a abusiva/excessiva *variabilidade subjetiva na aplicação da lei*.

A aplicação do mencionado princípio é, precisamente, importante, porquanto a inserção de complementações subjetivas na aplicação da lei penal - ou seja, a caracterização do desvio punível, por meio de concepções pessoais (intrínsecas ao aplicador), como algo imoral ou socialmente lesivo<sup>33</sup> – viabiliza a contaminação axiológica (indesejada) no processo interpretativo e, em última análise, no atuar decisório.

---

<sup>32</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 24.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

Isso porque a abusiva/excessiva variabilidade subjetiva do aplicador propicia, na aplicação da lei penal, a tomada de posicionamentos arbitrários, destituídos de uma legítima fundamentação jurídica e imparcial, sendo altamente contaminados por exagerados subjetivismos e infundados direcionamentos axiológicos (ético-políticos), malferindo, assim, a esperada segurança jurídica no âmbito do Estado de Direito.

Ultrapassadas essas primeiras considerações acerca da importância do princípio da legalidade, especificamente, o corolário da estrita legalidade para a conformação de um verdadeiro Estado de Direito – garantidor dos direitos assegurados aos cidadãos (o que traduz o vetor principiológico da segurança jurídica) -, torna-se necessário analisar o segundo pilar de sustentação do esquema epistemológico garantista: o princípio da jurisdiccionarietà estrita.

De acordo com Ferrajoli<sup>34</sup>, o princípio da jurisdiccionarietà estrita, enquanto vetor das garantias processuais penais, assegura a verificação imparcial (e a falseabilidade) dos casos concretos, devendo ser observadas questões ligadas ao ônus da prova (a cargo da acusação) e aos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (garantidos ao acusado) no âmbito de uma relação processual regida pelo princípio do devido processo legal.

Com efeito, o modelo garantista, analisado sob uma perspectiva processual, transparece uma clara escolha por um Estado de Direito amparado pelo princípio do devido processo legal (decorrência lógica do princípio da jurisdiccionarietà estrita), do qual se extrai inúmeros corolários instituidores de garantias processuais, especialmente, o princípio da ampla defesa e do contraditório.

A cláusula do devido processo legal alinhada às outras garantias processuais, muitas decorrentes deste próprio princípio, viabilizam a efetivação

---

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

formal e substancial da atividade estatal de prestação jurisdicional. Sob este viés, José Afonso da Silva sustenta que, ao combinar o princípio do devido processo legal ao direito de acesso à justiça, garante-se o processo, “e ‘quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica”.<sup>35</sup>

Em seqüência, pode-se afirmar que o devido processo legal consubstancia duplo papel, sendo um de natureza procedimental e outro de caráter substancial. Assim sendo, o princípio do devido processo legal deve ser vislumbrado sob a acepção formal e a material. Nesse sentido, R. Reis Friede sinaliza o que segue:

“Não obstante a clássica acepção singular da garantia do devido processo legal, entende-se, modernamente, por esta fórmula um conjunto complexo e plural de ‘diversas garantias constitucionais’ que [...] buscam, em última análise, assegurar o correto exercício da jurisdição, ao mesmo tempo que legitimam o próprio poder jurisdicional exercido pelo Julgador e titularizado pelo Estado-Juiz”.<sup>36</sup>

Sob o viés formal ou procedimental, o mencionado postulado otimiza a relação processual, pois assegura aos partícipes uma série de garantias processuais, tais como: o contraditório, a plenitude de defesa, a motivação das decisões judiciais, a imparcialidade do julgador, dentre outras. Além disso, determina a tramitação regular procedimental, consoante o comando das normas anteriormente previstas para esta finalidade, cujo processo legislativo também deve estar em perfeita consonância com o referido princípio.

Acerca da incidência do postulado do devido processo legal sob a produção legislativa das normas que o concretizam, observe-se o quanto sinalizado por Eduardo J. Couture, o qual sustenta o que segue:

---

<sup>35</sup> AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 431/432.

<sup>36</sup> FRIEDE, R. Reis. *A garantia constitucional do devido processo legal*. In Revista Justitia. Publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, vol. 172, pp. 1/467, out./dez. 1995, p. 49.

“*Due processo of law* viene ad essere in senso ampio la garanzia che sorge da una elaborazione regolare e corretta della legge; ma è anche *due process of law* la garanzia che quella legge elaborata dal parlamento è ragionevole, è giusta e si contiene nei limiti consacrati dalla costituzione. Per parte sua il concetto di *judicial process* non significa, come sembra dal tenore letterale delle sue parole, processo giudiziale, bensì applicazione giudiziale della legge e per estensione interpretazione giudiziale della stessa”.<sup>37</sup>

No sentido material ou substancial, a cláusula do devido processo legal diz respeito aos direitos materiais, os quais devem ser tutelados por meio de um processo que, além de formalmente regular, possibilite o alcance de resultados efetivamente justos.

Percebe-se, então, que o princípio do devido processo legal, ao albergar estas duas acepções – formal e substancial, contribui para que a prestação jurisdicional, lastreada por um regular procedimento, propicie, em termos substanciais, o alcance a decisões justas, que, necessariamente, devem ser motivadas.

Com efeito, um dos corolários logicamente decorrentes da cláusula do devido processo legal é o princípio do livre convencimento motivado do julgador<sup>38</sup>, o qual, diante da proposta garantista e em respeito à jurisdiccionariedade estrita, deve decidir com base em uma argumentação jurídica – livre de excessivos subjetivismos e infundados direcionamentos de ordem axiológica (ética, moral e política), que conduzem à arbitrariedade judicial.

---

<sup>37</sup> COUTURE, Eduardo J. *La garanzia costituzionale del «dovuto processo lagale»*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Doit. Antonio Milani. Vol. IX – Parte I, Anno 1954, p. 87. Tradução livre: “*Due processo of law* vem a ser em sentido amplo a garantia que surge de uma elaboração regular e correta da lei; mas é também *due process of law* a garantia de que aquela lei elaborada pelo parlamento é razoável, é justa e está adstrita aos limites consagrados pela constituição. Por sua vez, o conceito de *judicial process* não significa, como insinua o teor literal de suas palavras, processo judicial, mas sim aplicação judicial da lei e por extensão interpretação judicial da mesma”.

<sup>38</sup> Nessa mesma direção argumentativa, posiciona-se Ricardo Maurício Freire Soares, o qual pontua o seguinte: “[...] cumpre examinar as projeções mais relevantes do devido processo legal em sentido formal, como garantias processuais que, na condição de subprincípios, densificam/concretizam o macroprincípio do *procedural due process of law*. Sendo assim, merecem destaque as seguintes garantias: [...] a motivação das decisões judiciais [...]”. SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal. Uma visão pós-moderna*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 74.

Nesse sentido, registre-se que o *livre* convencimento motivado não se confunde com a possibilidade de ingerência de ordem pessoal – por parte do aplicador do Direito - no atuar decisório. Deve haver, por conseqüência, uma imparcialidade judicial, a fim de assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, e, por conseqüência, limitar o poder punitivo estatal.

Assim, ao reconhecer que a ordem social é um estado que constantemente requer segurança e defesa ante os múltiplos conflitos<sup>39</sup>, os dois pilares do esquema epistemológico garantista (estrita legalidade e jurisdicionariedade estrita) são irrenunciáveis nos quadros de um Estado de Direito (garantidor da tutela de direitos assegurados ao indivíduo), que não compactua com decréscimos de segurança jurídica.

Por derradeiro, tem-se por necessário esclarecer a importância de se identificar os pilares principiológicos do modelo garantista no bojo deste tópico preliminar. Sem embargo, tais princípios fundamentais consistem em premissa teórica que apoiará a hipótese ora estruturada, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista.

Isso porque, conforme será delineado nas linhas subsequentes (*vide* especificamente tópico 3.4 *infra*), se determinada estrutura normativa, atinente a uma proteção jurídico-penal (a exemplo da tutela do meio ambiente), não for compatível com tais princípios basilares do modelo garantista, é possível sustentar a ilegitimidade da correlata seara punitiva à luz da Teoria do Garantismo Penal.

---

<sup>39</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII), Ana Isabel de Figueiredo (texto X), Maria Fernanda Palma (texto XI). Lisboa: Vega, 1986, p. 124.

### 3. A LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO MODELO TEÓRICO GARANTISTA

Ao dar seguimento ao enfrentamento das premissas teóricas que lastrearão as formulações argumentativas desenvolvidas no decorrer do presente trabalho, tem-se por necessário estudar a categoria político-jurídica *legitimidade*, a fim de, considerando os aportes teórico-filosóficos extraídos da concepção neoconstitucionalista e também da relação mantida entre direito penal mínimo e garantismo, incursionar detida análise sobre a *legitimidade garantista* e seus desdobramentos.

#### 3.1 Necessárias Considerações sobre a Categoria Político-Jurídica Legitimidade

Inicialmente, por zelo ao encadeamento lógico-argumentativo, tem-se por necessário, antes de enfrentar a legitimidade sob a perspectiva garantista, tecer necessárias considerações acerca desta categoria político-jurídica, a qual mantém estreita relação com concepções básicas de Direito, Estado, Poder e Sociedade.

Com efeito, a questão da legitimidade mantém uma intrínseca relação com a política, com a vida humana em sociedade e com o exercício do poder, mantendo também uma correlação necessária e imprescindível com o direito<sup>40</sup>. Assim sendo, em razão desse liame entre o jurídico e o político, sustenta-se que a legitimidade consubstancia uma categoria político-jurídica, tendo seu “emprego vinculado à noção de sistema jurídico-político, como elemento básico de conexão entre o direito e a política”.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *A legitimidade de ontem e hoje – papel do juiz em tempos de globalização*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 06 (jan. 1998/dez. 1998). Organizadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello e Sérgio Novais dos Reis. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1998 – Anual, p. 301.

<sup>41</sup> CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. *Legitimidade, certeza do direito e justiça*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 07 (jan. 1999/dez. 1999). Coordenadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999 – Anual, p. 134.

Nessa linha de intelecção, sustenta-se, por via de regra, que o regime político-jurídico possui existência e eficácia condicionadas a um fundamento (constituído por princípios e valores histórico-condicionados), difuso no consciente ou inconsciente coletivo da sociedade, para a *obrigação jurídico-política*<sup>42</sup> de se submeter, voluntariamente, ao poder organizado. Eis, portanto, o fenômeno da legitimidade (que se apresenta tal qual um revestimento externo do poder); a retratar a noção de poder legítimo.<sup>43</sup>

Em raciocínio similar, ao tratar da legitimidade do direito, Eros Roberto Grau pontua que *direito legítimo* “é o produzido com autoridade<sup>44</sup>, de modo a expressar os padrões de cultura, ou seja, os sentidos (princípios, digo-o agora) forjados pela sociedade como expressões das aspirações e rumos que ela, sociedade, pretende seguir”.<sup>45</sup>

Em sequência, no que concerne à definição do termo legitimidade, tratando-se de uma categoria político-jurídica, é possível extrair o correlato conteúdo semântico sob um duplo viés: o político e o jurídico. Sob a perspectiva política, eis o quanto registrado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino:

“(...) podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a

<sup>42</sup> Tal expressão fora cunhada por José Eduardo Faria. Cf. FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 77.

<sup>43</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *A legitimidade de ontem e hoje – papel do juiz em tempos de globalização*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 06 (jan. 1998/dez. 1998). Organizadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello e Sérgio Novais dos Reis. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1998 – Anual, pp. 302-303.

<sup>44</sup> Sobre legitimidade do direito, autoridade e poder, eis o quanto por Eros Roberto Grau, *in verbis*: “A legitimidade do direito (= legitimidade do exercício do poder) deflui da autoridade, entendida esta como produto do racional relacionamento entre os comandos emitidos pelos detêm o poder e o consenso do grupo social. A autoridade, porém, edifica-se sobre a base do poder dotado de legitimidade. Em outros termos: só se realiza quando racionalmente sustentada sobre os princípios que tenham sido adotados pelo todo ou pelo grupo social destinatário do direito positivado (direito posto). Daí por que o direito não fundamenta a autoridade, mas, antes, pelo contrário, necessita da autoridade, visto que apenas o poder reforçado pela autoridade é capaz de elaborar normas jurídicas legítimas. O direito legítimo, pois, é resultado da adição de autoridade ao poder do qual emane”. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59.

<sup>45</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.



obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado”.<sup>46</sup>

Sob a perspectiva jurídica, Maria Helena Diniz<sup>47</sup>, ao tratar da legitimidade da norma jurídica, pontua o seguinte sobre o correlato significado: “*Correspondência entre o comando nela contido e o sentido admitido pelo grupo social*”. Semelhantemente, Eros Roberto Grau afirma que a *norma jurídica é legítima* “– dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado”.<sup>48</sup>

Em razão de possuir a delineada natureza híbrida, a referida categoria político-jurídica, além de despertar o interesse de diversos atores de múltiplas áreas do conhecimento (jurista, filósofo, sociólogo, cientista político, historiador, dentre outros)<sup>49</sup>, promove um interativo diálogo específico entre o direito e a política, que perpassa pelas estruturas de poder e, principalmente, permeia a relação em face da legalidade.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. 02. 12ª Ed. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônico, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Coordenação da Tradução: João Ferreira. Revisão Geral: João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília: LGE, 2004, p. 675.

<sup>47</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 03. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

<sup>48</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. In Revista Trimestral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ano XX, Vol. XIX, nº 49. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 06.

<sup>50</sup> Nesse sentido, valendo-se de uma explanação tecnicamente qualificada, Antônio Carlos Wolkmer preleciona o que segue, *ipsis litteris*: “Não é possível pensar e estabelecer uma dada ordem política e jurídica exclusivamente na força material do poder. Por trás de todo e qualquer poder, seja ele político ou jurídico, subsiste uma condição de valores consensualmente aceito e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade. Esta adequação do poder, frente às práticas históricas da vida cotidiana marcada por processos de dominação social, aceitação e obediência coletiva, bem como a justificação de estruturas normativas, projeta a problematização da temática legitimidade e legalidade”. WOLKMER, Antônio Carlos. *Uma nova conceituação crítica de legitimidade*. In Revista dos

Muito embora tenha ocorrido, por muito tempo, verdadeira distorção quanto à distinção entre legitimidade e legalidade, não há mais lastro teórico para tal confusão. No entanto, não se está a desconsiderar a incontornável relação de proximidade existente entre ambas. De acordo com Cláudio Alberto Gusmão da Cunha, verifica-se, “destarte, até porque inevitável, a estreita ligação entre legitimidade e legalidade; a partir da qual também surgem relações com outros signos, em especial: a validade, a eficácia e a efetividade”<sup>51</sup>.

Ao retomar a mencionada distorção teórica quanto à diferenciação entre legitimidade e legalidade, registre-se, a título ilustrativo, que tais termos foram confundidos e poucas vezes distinguidos tanto no Direito romano, quanto na seara do Direito canônico; apenas no século XVIII, com as discussões políticas pós-revolucionárias, tornou-se clara a distinção entre legitimidade e legalidade.<sup>52</sup>

Estabelecida a mencionada distinção entre legitimidade e legalidade, eis, em razão da qualificação técnica e da necessária objetividade, a diferenciação efetuada por Antônio Carlos Wolkmer, a qual segue, por seu conteúdo esclarecedor, a seguir transcrita:

“a) Legalidade: compreende uma ‘qualidade do exercício do poder’. Trata-se de uma conceituação exclusivamente jurídica, cuja condição técnico-formal é essencial para a existência do próprio Direito, revelando-se estruturalmente dogmática, porquanto a autoridade de suas disposições estão em conformidade com um texto legal positivo. A legalidade enquanto possibilidade para um Estado-de-Direito assenta-se numa suposta neutralidade axiológica e na universalidade de princípios adequados à ordem e à segurança, sendo alimentado, em grande parte, pelo ideário liberal-burguês. Assim, a legalidade é o exercício de certa ação em sintonia

---

Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 02, nº 05 (out./dez. 1993). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 25.

<sup>51</sup> CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. *Legitimidade, certeza do direito e justiça*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 07 (jan. 1999/dez. 1999). Coordenadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999 – Anual, p. 135.

<sup>52</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Uma nova conceituação crítica de legitimidade*. In Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 02, nº 05 (out./dez. 1993). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 26.

com certos limites das leis preestabelecidas. b) Legitimidade: entende-se como uma ‘qualidade do título de poder’. Implica numa noção substantiva e ético-política, cuja existencialidade move-se no espaço de crenças, convicções e princípios valorativos. Sua força não repousa nas normas e nos preceitos jurídicos, mas no interesse e na vontade ideológica dos integrantes majoritários de uma dada organização social. Enquanto conceituação material, legitimidade condiz com uma situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada pelo equilíbrio entre a ação dos indivíduos e os valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem que se faça obrigatório o uso da força”.<sup>53</sup>

Ante o quanto exposto, entrecruzando as notas distintivas sustentadas por Wolkmer linhas atrás, verifica-se, sob o viés da legitimidade da lei, que se a norma escrita não refletir os valores (que fundamentam a obediência jurídico-política) provenientes do âmbito social (composto pelos destinatários normativos), há duas alternativas, a saber: ou se verifica a ineficácia social, ou se observa a eficácia normativa, conquanto tenha de ser imposta única e exclusivamente pela força.<sup>54</sup>

Nessa mesma linha de intelecção, Cláudio Alberto Gusmão Cunha reconhece que a “legitimidade de uma norma tem absoluta influência na sua eficácia, visto que dela dependerá a sua aceitabilidade e, por via de consequência, a necessária obediência social”.<sup>55</sup>

Assim sendo, configurado o descompasso axiológico mencionado, outra resolução não há, senão a apontada por Sebastián Borges de

---

<sup>53</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Uma nova conceituação crítica de legitimidade*. In Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 02, nº 05 (out./dez. 1993). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 27 e 28.

<sup>54</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *A legitimidade de ontem e hoje – papel do juiz em tempos de globalização*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 06 (jan. 1998/dez. 1998). Organizadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello e Sérgio Novais dos Reis. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1998 – Anual, p. 311.

<sup>55</sup> CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. *Legitimidade, certeza do direito e justiça*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 07 (jan. 1999/dez. 1999). Coordenadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello, Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999 – Anual, p. 136.

Albuquerque Mello<sup>56</sup>, o qual sinaliza o seguinte: quando o conteúdo normativo não corresponde aos “valores presentes no seio da comunidade, corrompe-se o próprio Estado de Direito. Jogam-se fora as funções e valores do Estado, elevando à categoria de fim o que era apenas meio – a norma escrita”.

Em seguida, importa esclarecer a diferenciação técnica entre legitimidade e legitimação. Com efeito, legitimação consubstancia o processo de reconhecimento da legitimidade de certo instituto, ou seja, o procedimento pelo qual se verifica a compatibilidade, segundo determinado referencial, entre o objeto e o contexto no qual está inserido.

Destarte, é possível sustentar que legitimidade consiste no produto final de um processo denominado legitimação<sup>57</sup>. Para fins de corroborar o quanto sustentado acima, confira-se o quanto sinalizado por Vera Andrade, nos seguintes termos: por legitimidade, entende-se uma “qualidade que se pode predicar ao sistema pela relação de congruência entre programação (normativa e teleológica) e operacionalização. Por legitimação entendemos o processo mediante o qual se atribui esta qualidade ao sistema”.

Vale dizer, enquanto legitimidade diz respeito ao fundamento axiológico (traduzido por princípios e valores histórico-condicionados) da aceitabilidade de determinado objeto em sociedade, a legitimação consiste no processo pelo qual se atribui legitimidade a certo instituto.

Nesse sentido, deve ser salientado que a noção de legitimidade pressupõe dados valorativos, os quais fundamentam a obrigação jurídico-política de se submeter ao poder organizado, traduzindo o consenso daqueles que são governados<sup>58</sup>. É por isso que Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *A legitimidade de ontem e hoje – papel do juiz em tempos de globalização*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 06 (jan. 1998/dez. 1998). Organizadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello e Sérgio Novais dos Reis. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1998 – Anual, p. 311.

<sup>57</sup> CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Campinas: Studium, 2007. p. 119.

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. In Revista Trimestral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ano XX, Vol. XIX, nº 49. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 06.

expõe que a legitimidade não se confunde mais com a vontade da maioria; atualmente, a legitimidade pressupõe a conciliação, a composição de posições plurais.

No entanto, não é esse o posicionamento adotado por Eros Roberto Grau<sup>60</sup>, o qual pontifica que a legitimidade do direito posto é produto da autoridade, “entendida esta como, decorrente da captação de padrões histórico-culturais, e não da captação de qualquer vontade ou conjunto de vontades, razão pela qual dispenso, em minha concepção, o recurso à idéia de ‘consenso social’”.

Sem embargo, ante a substancial complexidade estruturante sócio-política adstrita à democracia<sup>61</sup> constitucional<sup>62</sup>, bem assim diante da dinâmica desenfreada que compõe a intensa variabilidade das posições plurais no contexto democrático, valer-se do recurso à idéia de *consenso social* implica em fluidificar a noção de legitimidade.

É por isso que Paulo Bonavides sinaliza que a legitimidade, “enquanto crença ou valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso dos governados é conceito histórico, aberto, de conteúdo variável, dotado de crucial atualização”.<sup>63</sup>

Assim sendo, por se tratar de legitimidade do direito posto, cuja vinculação a anseios de estabilização normativa e ao vetor principiológico da

---

<sup>59</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Democracia e legitimidade*. In Revista de Direito Administrativo, Vol. 183 (jan./mar. 1990). Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 70.

<sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

<sup>61</sup> Nessa linha de inteligência, Celso Campilongo pontua que o “dual governo/oposição, bem como todo o aparato formal da democracia – garantias da minoria, autolimitação do poder, alternância entre governo e oposição, periodicidade das eleições, reversibilidade das decisões etc. -, exerce a função de contínuo incremento das possibilidades de escolha (complexidade) e contínua disponibilidade do tratamento da contingência”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71. Para fins de arrematar o raciocínio, eis o que sinaliza Raffaele De Giorgi, *ad literam*: “[...] democracia é o sistema da política que mantém constantemente elevada a complexidade”. DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 41.

<sup>62</sup> A respeito da expressão *Democracia Constitucional*, vide tópico 3.3 *infra*.

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. In Revista Trimestral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ano XX, Vol. XIX, nº 49. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 06.

segurança jurídica é notória, verifica-se que o posicionamento assumido por Eros Roberto Grau é congruente com o quanto será desenvolvido no bojo do presente trabalho.

Em sequência, haja vista a construção teórica efetivada nas linhas pretéritas, é possível afirmar que não há maiores divergências doutrinárias<sup>64</sup> acerca da acepção do termo legitimidade, estando o mesmo relacionado a juízos de adequação (de compatibilidade axiológica) entre determinado instituto e certo contexto sócio-político-cultural (constituído dos valores e princípios histórico-condicionados), consoante selecionado referencial teórico.

Para fins de corroborar o quanto salientado acima, eis os dizeres de Paulo Bonavides, *in verbis*:

“(...) a legitimidade, em última análise, exprime sempre e invariavelmente uma crença fundamental, um valor, uma idéia, concretamente vinculados a um ordenamento político, para regular, por via de um princípio de autoridade, as relações de comando e obediência. Em outras palavras, há na base de toda legitimidade uma religião, uma filosofia ou uma ideologia, que fazem a força do princípio e a intensidade com ele socialmente se exercita”.<sup>65</sup>

Com efeito, não há maiores diferenciações sobre a acepção do termo legitimidade, consistindo esta categoria político-jurídica em um atributo conferido a determinado objeto que se adéqua, sob uma perspectiva valorativa, a certa conjuntura (social, econômica e política), nos termos do modelo teórico escolhido.

---

<sup>64</sup> WERLE, Denilson L. e SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito *In Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas* – Organizadores: Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito*. Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008. ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008.

<sup>65</sup> BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. In Revista Trimestral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ano XX, Vol. XIX, nº 49. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 08.

Exemplificativamente, a legitimidade pode ser traduzida por um juízo de adequação de uma restrição de direito tal qual a prisão provisória (objeto), nos quadros do Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais (contexto sócio-político-cultural), sob a análise da Constituição Federal de 1988 (referencial teórico escolhido).

A título exemplificativo, pontua-se que, nos termos do artigo 5º, inciso LXI<sup>66</sup>, CF/88, a prisão cautelar (provisória) é legítima nos quadros do Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais, uma vez que se coaduna com os interesses e valores tutelados na correlata conjuntura sócio-político-cultural (segundo as circunstâncias de tempo e lugar). Sob esta perspectiva, uma pontuação deve ser efetuada, a saber: “*a legitimidade repousa ‘na fé na legalidade das ordens estabelecidas e do poder de mando daqueles aos quais essas ordens facultam o exercício do poder’*”.<sup>67</sup>

Ultrapassadas essas primeiras considerações, importa salientar que, a despeito de a conceituação acerca da mencionada categoria político-jurídica não sofrer significativas variações em sede doutrinária, a depender do referencial teórico selecionado, a legitimidade de determinado objeto, em certo contexto, apresentará sentidos diversos. Nessa mesma linha de intelecção, eis o quanto sustentado por João Maurício Leitão Adeodato, *ad literam*:

“O termo legitimidade tem um sentido diferente segundo os pressupostos e a perspectiva adotados: há um sentido vulgar, um sentido político ideológico, um sentido para o direito civil e muitos outros, sem contar a ocasião em que a palavra é empregada sem qualquer sentido. Finalmente, além da falta de acordo sobre estes conceitos-chave na doutrina contemporânea, não se deve esquecer as variações dos mesmos através dos séculos, segundo predominasse essa ou aquela escola, este ou aquele aspecto. Em suma, o tratamento

---

<sup>66</sup> LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

<sup>67</sup> WERLE, Denilson L. e SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. *In Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas* – Organizadores: Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 129.

da legitimidade exige um quadro de referências filosóficas e uma explanação histórica”.<sup>68</sup>

Com efeito, o juízo de legitimidade, conforme visto nas linhas pretéritas, relaciona-se a determinado referencial teórico (selecionado) e, em razão disso, a possibilidade de variação semiótica<sup>69</sup> do *legítimo* é extremamente factível. No entanto, tem-se por necessário advertir que a seleção de tal ou qual referencial teórico não pode ser aleatória, uma vez que, consoante pontuado anteriormente, a noção de legitimidade não se afasta do plexo axiológico extraído de uma determinada conjuntura sócio-político-cultural. Nesse sentido, confira-se o seguinte entendimento doutrinário, *ipsis litteris*:

“No decorrer dos processos de racionalização das sociedades modernas, caracterizados por uma crescente complexidade e diferenciação das estruturas sociais com a expansão da economia capitalista de mercado e a consolidação do sistema burocrático administrativo do Estado moderno, e por uma crescente diferenciação das esferas culturais de valor, as teorias contratualistas apoiadas na tradição do direito natural racional foram sendo consideradas inadequadas para esclarecer o problema da legitimidade da dominação política”.<sup>70</sup>

Diante do quanto salientado outrora, verifica-se que o referencial teórico deve ser congruente com o contexto sócio-político-cultural (resultado de amplo e complexo processo de socialização)<sup>71</sup>, sob o qual será efetuado o juízo de legitimidade de determinado objeto.

A título ilustrativo, é possível afirmar que o referencial teórico garantista (orientado pelo vetor da máxima efetivação dos direitos fundamentais sob uma base epistemológica de matiz juspositivista crítica) é congruente com a conjuntura sócio-político-cultural instalada no Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais pátrio.

<sup>68</sup> ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 24.

<sup>69</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

<sup>70</sup> WERLE, Denilson L. e SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito *In Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas* – Organizadores: Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 129.

<sup>71</sup> WOLKMER, Antônio Calos. *Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito*. Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008, p. 424.



Isso porque, com uma simples e superficial leitura do Texto Constitucional pátrio, especificamente tomando como base o extenso e exemplificativo rol de Direitos e Garantias Fundamentais estampado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, conclui-se que o diploma normativo orientador e mantenedor da consolidação sócio-político-cultural pátria, apresenta caráter garantista. Eis, portanto, a congruência acima mencionada.

Para fins de corroborar o quanto pontuado nas linhas pretéritas, acerca do cariz garantista da Constituição Federal de 1988, registre-se que Luís Roberto Barroso<sup>72</sup> sinaliza que o Texto Constitucional pátrio consagra um catálogo de garantias inserido no seu artigo 5º e, ao tratar do fenômeno da constitucionalização do direito penal, aponta a postura garantista constitucional – que configura consectário natural do Estado democrático de direito, segundo o referido doutrinador -, traduzida pelas seguintes garantias: “Reserva legal, não retroatividade da lei penal, individualização da pena, devido processo legal são garantias constitucionais dos réus em geral”. Semelhantemente, Lenio Luiz Streck<sup>73</sup> pontifica que é preciso reconhecer que, após o advento da Constituição Federal de 1988, tem-se no Brasil um sistema de garantias que busca proteger as minorias da vontade discricionária das maiorias.

Assim sendo, ante o quanto enfrentado neste tópico preliminar, optou-se pela Teoria do Garantismo Penal (referencial teórico selecionado com base constitucional) para enfrentar a ilegitimidade da Tutela Penal Ambiental (objeto) nos quadros de um Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais (conjuntura sócio-político-cultural pátria).

Fincada essa premissa, tem-se por necessário salientar, tendo em vista ser o problema da legitimidade do sistema normativo um dos mais intrincados da

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 378 e 381.

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85.

literatura jusfilosófica<sup>74</sup>, que, em razão dos limites teóricos estabelecidos para circunscrever o objeto de estudo, o presente trabalho se ocupa da análise acerca da ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do identificado referencial teórico, especificamente sob a perspectiva da legitimidade garantista (*vide* tópico 3.4 *infra*).

### **3.2 Neoconstitucionalismo: Paradigma da Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais e da Afirmação da Normatividade Principlológica**

Em notas introdutórias, impõe consignar que, tendo em vista a consagração, em sede constitucional (de inúmeros países, inclusive, o Brasil), do Estado Constitucional de Direito, apresenta-se flagrantemente inconstitucional qualquer investida, seja de ordem legislativa, seja de natureza jurisdicional, tendente à inobservância (arbitrária) de direitos fundamentais assegurados aos indivíduos.

Com efeito, diante desta conjuntura constitucional moderna, denominada Neoconstitucionalismo, a violação a interesses essenciais do sujeito de direito deve ser rechaçada de imediato, a fim de que seja possível viabilizar, nos termos do art. 5º, § 1º, do Texto Maior pátrio, a eficácia (técnica e social)<sup>75</sup> de todos os direitos fundamentais.

---

<sup>74</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008, p. 288.

<sup>75</sup> Acerca da diferenciação entre eficácia técnica e social das normas constitucionais, observem-se os dizeres de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, o qual sinaliza o que segue: “Nos ângulos da semiótica, uma norma constitucional tem eficácia semântica quando ela tem condições fáticas de atuar, por haver uma relação entre esta e o que ocorre na realidade social e nos valores existentes em determinado momento histórico. Trata-se, assim, de uma relação entre o signo (norma) e os objetos denotados. Neste caso, a norma encontra na realidade as condições de obediência. Eis a denominada ‘eficácia social’ ou efetividade. No sentido sintático a norma constitucional eficaz é aquela que tem todas as condições técnicas de atuar, prescindindo da relação para os comportamentos de fato ocorridos e os valores observados. Analisa-se aqui apenas a possibilidade de aplicação da norma”. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 103.

Acerca desta nova conjuntura constitucional, torna-se importante recordar a nota histórica<sup>76</sup> registrada por Robert Alexy, *in verbis*:

Passaram-se, hoje quase no dia, rigorosamente 50 anos desde que a assembléia geral das nações unidas, em 10 de dezembro de 1948, aprovou a declaração dos direitos do homem universal. Nisso, não se tratou de alguma das numerosas resoluções das nações unidas. Norberto Bobbio designava, acertadamente, a declaração dos direitos do homem universal como a 'até agora maior prova histórica para o 'consensus omnium gentium' com respeito a um sistema de valores determinados'. Que se tratava de um consenso sobre valores fundamentais de significado eminente estava claro aos 48 estados, naquele tempo, representados na assembléia geral. O preâmbulo exprime isso impressionantemente pelo fato de designar os direitos do homem 'como o ideal comum a ser obtido por todos os povos e nações'. Com isso, estão duas qualidades fundamentais dos direitos do homem desde o início, claramente, diante dos olhos: os direitos do homem são um ideal universal.<sup>77</sup>

Diante do quanto exposto, é importante sinalizar, apoiando-se nos dizeres de Miguel Carbonell<sup>78</sup>, que o Neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que surgiram após a Segunda Guerra Mundial e, principalmente, a partir da década de 70 do século XX. Os mencionados textos constitucionais não se limitaram a estabelecer competências ou a separar os poderes estatais, passando a conter um contundente número de normas de cunho material, que condicionam a atuação do Estado por meio de uma estruturação de certos fins e objetivos (limites substanciais).

---

<sup>76</sup> No que concerne ao contexto histórico, do qual exsurge a nova conjuntura constitucional, digno de nota literal trecho constante da obra de Juan Fernando Segovia: "*La expansión económica desde los años cincuenta del siglo xx vino de la mano de una economía de servicios. La economía industrial impulsó la investigación científica y su aplicación para obtener una mayor productividad y una diversificación de los bienes económicos, lo que provocó un cambio en la composición económica de los países industrializados. Bajo el Estado de bienestar la cualidad de vida ya no se mide por la cantidad de bienes producidos, sino por los servicios y comodidades accesibles a los ciudadanos. Pero para que ello fuese posible debió admitirse como buena la politización del mercado, pues si el Estado ha de responder a las variadas demandas, debe hacerlo a costa de la economía privada. Y si no lo hace, pierde legitimidad, pues la multiplicación de las expectativas humanas hacen ingobernable la economía; y las presiones sociales insatisfechas afectan a la estabilidad del sistema*". SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 67.

<sup>77</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 41.

<sup>78</sup> CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In: CARBONELL, Miguel (Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 09/10.

Consoante preleciona Écio Ramos Duarte<sup>79</sup>, o Neoconstitucionalismo inaugura um novo período pós-positivismo ou anti-positivismo – verdadeira ruptura com o paradigma positivista. Isso porque este novo paradigma exige dos aplicadores do Direito cada vez mais a elaboração de juízos de adequação e juízos de justificação com natureza ético-moral, ao lado das técnicas jurídicas concernentes à hermenêutica.

Desta maneira, as questões de ordem moral<sup>80</sup>, política e econômica – anteriormente afastadas em virtude de determinadas concepções teóricas então assumidas – passaram a compor o rol de interesses da comunidade jurídica. Assim sendo, passava a ser possível assegurar uma maior compatibilidade entre a conjuntura fática (histórico-cultural) e o disposto nos textos legislativos, o que facilita sobremaneira a concretização dos interesses fundamentais tutelados.

Com o intuito de corroborar o quanto asseverado nas linhas passadas, confirmam-se os pertinentes dizeres de Susanna Pozzolo, a qual elenca algumas das características do Neoconstitucionalismo:

“Entre os muitos traços que podem caracterizar o neoconstitucionalismo, podemos evidenciar os seguintes: a) a adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada ‘modelo prescritivo de Constituição como norma’ [que deve ser efetivada, principalmente, por conta da garantia da existência de mecanismos estatais de tutela dos direitos fundamentais]; b) a defesa da tese segunda a qual o direito é composto (também) de princípios, c) a adoção da técnica interpretativa denominada ‘ponderação’ ou ‘balanceamento’; d)

---

<sup>79</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2009, p. 67.

<sup>80</sup> Nesta mesma linha de intelecção, apresenta-se o entendimento esposado por Écio Oto Ramos Duarte, o qual salienta o que se segue: “[...] a tese neoconstitucionalista do judicialismo ético-jurídico propugna que a dimensão de justiça pretendida pela aplicação judicial comporta a conjunção de elementos éticos aos elementos estritamente jurídicos, confluindo, portanto, à fixação da tese da conexão entre direito e moral”. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2009, p. 67.

a consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito”.<sup>81</sup>

Com efeito, com base na orientação seguida pela citada autora, percebe-se, a toda evidência, que as notas emblemáticas e que merecem destaque neste trabalho são as seguintes: I) o Neoconstitucionalismo consubstancia a relevante tendência em efetivar ao máximo o conteúdo material das normas constitucionais e, por conseguinte, tutelar os direitos fundamentais assegurados aos indivíduos; e II) a afirmação da normatividade principiológica, tendo em vista o reconhecimento de que o Direito é composto por princípios.

Acerca desse novo constitucionalismo e sua relação intrínseca com o Estado Democrático de Direito, é necessário recordar o quanto sustentado por Juan Fernando Segovia, que segue transcrito:

*“El nuevo constitucionalismo constituye un singular proyecto de regulación estatal a través de los valores de la cultura democrática, al servicio de un nuevo individualismo. El Estado se ha hecho garante de esa liberación humana. Como dice un experto, actualmente el derecho constitucional persigue la protección integral de la persona para liberar al hombre «frente a cualquier forma o manifestación denigrante para el desarrollo de la personalidad»; o, en palabras de la constitución búlgara de 1991, la constitución tiene como medida «el libre desarrollo del individuo y de la sociedad civil» (art. 4.2). Como si el hombre fuese un ser alienado, y el Estado, la herramienta que lo vuelva a sí mismo, haciéndole recuperar su humanidad”.*<sup>82</sup>

Efetivamente, o Neoconstitucionalismo representa um novo paradigma, porque o Estado deixa de ser meramente regulador para assumir um papel de propulsor das transformações referentes às relações sociais. Desta forma, acaba por possuir a finalidade de efetivar os conteúdos materiais constantes dos textos constitucionais. Assim, a produção doutrinária, surgida após o encerramento da Segunda Grande Guerra Mundial, exterioriza a confiança de

---

<sup>81</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2009, p. 79.

<sup>82</sup> SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 72.

que o Estado, mediante os poderes estatais<sup>83</sup>, propiciará a efetivação dos direitos fundamentais da ordem social. Nesse contexto, é possível afirmar que o Neoconstitucionalismo identifica o “constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição<sup>84</sup>, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica”<sup>85</sup>.

No âmbito do Estado Constitucional de Direito, tendo em vista a sedimentação do Neoconstitucionalismo, o direito representa, hodiernamente, um instrumento de transformação da sociedade. Isso porque (1) regula a intervenção do Estado na economia<sup>86</sup>, (2) estabelece a obrigação da realização de políticas públicas - prestações positivas -, (3) além de prever um imenso catálogo de direitos fundamentais assegurados à ordem social. Em síntese, percebe-se que o fenômeno desse novo constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos intrinsecamente relacionados com o texto constitucional, denotando uma característica específica, qual seja: o impulso a uma máxima efetivação das normas constitucionais e, por

---

<sup>83</sup> Sobre o Constitucionalismo enquanto novo paradigma do Direito positivo, Luigi Ferrajoli esclarece o seguinte, *ad litteram*: “Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el estado constitucional de derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del estado legislativo de derecho: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente consciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía”. FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel (Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madri: Trotta, 2007, p. 71.

<sup>84</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991, *passim*.

<sup>85</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

<sup>86</sup> Sob este viés, confirmam-se os dizeres de Paulo Pimenta, *ad litteram*: “A intervenção pode ser definida como ação do Estado no domínio econômico, buscando, no exercício de suas funções, alcançar determinados objetivos. A intervenção, portanto, opera-se no plano da atividade econômica, em sentido amplo, consistindo tanto na prática de atos materiais (atos administrativos), como na produção de atos normativos, dependendo do tipo de intervenção, como será oportunamente examinado. Sendo assim, pode decorrer do exercício de função administrativa, como de função legislativa”. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 35.

consequente, a necessária realização dos direitos fundamentais assegurados à ordem social, a fim de garantir segurança jurídica, paz e justiça.

Sem embargo, o Neoconstitucionalismo direciona-se, no âmbito de um Estado Constitucional de Direito, à consagração da doutrina da efetividade das normas constitucionais. Tal segmento teórico consiste, de fato, na efetivação da garantia da existência de mecanismos estatais de tutela dos direitos fundamentais, propiciando, por conseguinte, uma maior concretização dos valores e interesses assegurados no Texto Constitucional.

Acerca da doutrina da efetivação das normas constitucionais e sua intrínseca relação com o Neoconstitucionalismo, observem-se os dizeres de Luís Roberto Barroso, os quais seguem transcritos:

“[...] o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. [...] A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania. [...] foi a partir do novo patamar criado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade que ganharam impulso os estudos acerca do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais”.<sup>87</sup>

Diante do quanto dissecado pelo referido autor, conclui-se, a claras luzes, que a doutrina da efetividade das normas constitucionais, além de representar o necessário cumprimento do quanto estabelecido no texto constitucional (a realização prática dos comandos constitucionais), traduz uma das características mais marcantes do Neoconstitucionalismo, a saber: a

---

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 225/226.

consecução da máxima efetividade das normas constitucionais, especificamente, as que estabelecem direitos fundamentais.

Sem embargo, ao estabelecer um modelo sistematizador das propriedades do neoconstitucionalismo, Écio Oto Ramos Duarte<sup>88</sup> aponta como característica do referido paradigma o *Estatalismo garantista*. Por tal propriedade, sustenta-se que o Estado se configura enquanto uma instância comum à realização dos direitos fundamentais assegurados à ordem social, a fim de garantir a segurança jurídica, paz e justiça. Assim sendo, percebe-se que o neoconstitucionalismo está vinculado a uma pretensão garantista traduzida pela garantia da existência de mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais.

Visto isso, verifica-se o fator de aproximação existente entre o paradigma neoconstitucionalista e o modelo garantista penal proposto por Luigi Ferrajoli; é dizer, o ponto de proximidade com o referencial teórico selecionado no presente trabalho. Efetivamente, os mencionados segmentos teóricos perseguem a finalidade de tutelar direitos fundamentais assegurados aos cidadãos.

Destarte, torna-se possível vislumbrar que o modelo garantista se afeiçoa, ainda que parcialmente, à moderna tendência interpretativa do fenômeno jurídico (o Neoconstitucionalismo), uma vez que, apesar do caráter anti-positivista deste último – que o faz contrastar com a raiz epistemológica positivista (crítica) do garantismo -, ambos se assemelham no seguinte quesito: a proposta de tutela dos valores e direitos fundamentais<sup>89</sup> mediante a promoção da efetividade das normas constitucionais.

---

<sup>88</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2009, p. 67.

<sup>89</sup> Luigi Ferrajoli propõe a seguinte definição teórica (formal) de direitos fundamentais: “son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una por una norma jurídica; y por «*status*» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones



Sem embargo, no que concerne ao quanto asseverado acima sobre o Neoconstitucionalismo – oposição ao Positivismo Jurídico e objetivo em proporcionar a máxima efetividade das normas constitucionais -, Manoel Jorge e Silva Neto sinaliza exatamente o seguinte, *ipsis litteris*: “Podem ser indicados os seguintes caracteres do Neoconstitucionalismo: a) opõe-se energicamente ao Positivismo Jurídico; (...) c) defende a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social (...)”.<sup>90</sup>

Nesse ponto específico, deve ser efetuada apenas uma advertência<sup>91</sup> digna de nota - para que não ocorram dúvidas acerca dos desdobramentos teóricos do modelo garantista – que é a seguinte: de acordo com Ferrajoli, o novo constitucionalismo seria, em verdade, uma continuação natural do positivismo<sup>92</sup>, uma complementação aperfeiçoada do paradigma positivista no contexto atual do Estado Constitucional de Direito. Ao revés de constituir a ruptura paradigmática (delineada nas linhas pretéritas), o novo constitucionalismo representaria o juspositivismo em sua forma mais completa e acabada (indicado por Ferrajoli como Positivismo Crítico).

Assim sendo, em razão de o Neoconstitucionalismo se opor ao Positivismo Jurídico, Ferrajoli, ao seguir o entendimento sinalizado acima, intitula tal paradigma de Constitucionalismo Garantista, caracterizando-o da seguinte maneira:

“[...] caracteriza-se por uma normatividade forte, de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que

---

jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (editores). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Trota, 2007, p. 19.

<sup>90</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 91/92.

<sup>91</sup> Cf. DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2009, p. 24, nota de rodapé nº 23, *in fine*.

<sup>92</sup> Sob esta perspectiva, confirmam-se os dizeres de Lenio Luiz Streck, *in verbis*: “Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleo-juspositivismo [o qual precedeu o positivismo crítico, defendido por Ferrajoli]”. STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 62.

não de todos) princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de prestações que são suas respectivas garantias. [...] o constitucionalismo poderá ser definido como um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito que preveem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos conteúdos das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão”.<sup>93</sup>

No entanto, independentemente dos apontados posicionamentos teóricos – que não serão desenvolvidos no presente trabalho em respeito aos limites epistemológicos estabelecidos para circunscrever o correlato objeto de estudo -, o certo é que o garantismo penal é um segmento teórico que encontra supedâneo no paradigma do neoconstitucionalismo, configurando tal aproximação legítima justificativa para propugnar, com mais força, a observância das garantias fundamentais constantes do Texto Constitucional pátrio.

Verificado o ponto de congruência que aproxima o presente referencial teórico e o paradigma neoconstitucionalista, tem-se por necessário ressaltar que o Neoconstitucionalismo é caracterizado pela afirmação da normatividade principiológica, tendo em vista o reconhecimento de que o Direito é constituído por princípios.

Com efeito, Lenio Luiz Streck<sup>94</sup> registra que “mais do que apostar na formulação democrática do direito, há que se fazer uma aposta paradigmática, isto é, acreditar na perspectiva pós-positivista do novo constitucionalismo e sua materialidade principiológica”.

---

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 18-19.

<sup>94</sup> STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78.

Tal característica neoconstitucionalista, consistente na afirmação normativa principiológica<sup>95</sup>, trata-se de uma premissa que deve ser fincada neste momento preliminar do trabalho, pois servirá de base teórica para sustentar a hipótese ora estruturada, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista.

Isso porque, conforme será delineado nas linhas subseqüentes (*vide* especificamente tópico 3.4 *infra*), se determinada estrutura normativa, atinente a uma proteção jurídico-penal (a exemplo da tutela do meio ambiente), não for compatível com o arcabouço principiológico garantista, é possível sustentar a ilegitimidade da correlata seara punitiva à luz da Teoria do Garantismo Penal.

### **3.3 Direito Penal Mínimo e Garantismo Penal**

Primeiramente, importa esclarecer que, para o fim de verificar a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista, é necessário efetuar o enfrentamento acerca do Direito Penal Mínimo, com vistas a estabelecer as premissas que sustentarão a construção teórica desenvolvida neste trabalho.

Em seqüência, por zelo à coerência discursiva, é oportuno pontuar que Direito Penal Mínimo apresenta relação de estreita afinidade com o referencial teórico selecionado para lastrear as idéias aqui desenvolvidas, ou seja, possui compatibilidade teórica com o Garantismo Penal, traduzido por um modelo teórico caracterizado pela presença de garantias aptas a tutelar e satisfazer direitos fundamentais.

---

<sup>95</sup> A repercussão de tal característica pode ser traduzida pela seguinte afirmação de Lenio Luiz Streck, *ad litteram*: “[...] os princípios são o modo concreto de enfrentamento da discricionariedade judicial porque são a manifestação da densidade normativo-concreta de um mandamento legal (regra-preceito). STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86.

Nesse sentido, para além de sustentar uma relação de aproximação entre Direito Penal Mínimo e Garantismo Penal, Luigi Ferrajoli registra, expressamente, que são termos sinônimos a traduzir um modelo teórico e normativo voltado a reduzir o campo de atuação do poder punitivo estatal. Eis o quanto prelecionado pelo referido doutrinador italiano, a seguir:

“«Garantismo» y «derecho penal mínimo» son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva – tanta en la previsión legal de los delitos como en su comprobación judicial – sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona”.<sup>96</sup>

Com efeito, o Direito Penal Mínimo consubstancia um modelo teórico e normativo direcionado a minimizar a intervenção jurídico-penal, especificamente com a redução da *previsión legal de los delitos*, ou seja, por meio da *minimização* do rol de bens jurídicos sob tutela penal e, por conseguinte, pela diminuição dos tipos penais correlatos. É exatamente sob esta perspectiva que o Direito Penal Mínimo será concebido no bojo deste trabalho.

Em sequência, sem perder de vista a concepção apontada nas linhas pretéritas, tem-se por necessário, nesse momento, vislumbrar o Direito Penal Mínimo como signo da lei do mais fraco, o que, obviamente, apóia o desenvolvimento da idéia sustentada acima.

Discorrer sobre Direito Penal Mínimo como lei do mais fraco, necessariamente impõe o prévio enfrentamento da denominada Democracia Constitucional, que não se confunde com a mera noção de democracia política. E por qual motivo apontar essa necessária diferenciação? Observem!

No terreno da democracia política, entendida como o poder ou a vontade do povo, da aclamada maioria, a intervenção jurídico-penal não

---

<sup>96</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 193.

encontraria limites em uma concepção de Direito Penal Mínimo, e sim extravasaria movida por um poder punitivo estatal máximo.

A correlata justificativa para tal contexto, caracterizado por um Direito Penal Máximo, seria exatamente a seguinte: se depender da vontade da maioria, que se enxerga na condição de vítima da criminalidade, a minoria desviada, sob a égide de uma mera democracia política, estaria suscetível a uma política criminal consentânea com a hipertrofia da legislação penal, conjugada com a progressiva maximização do rigor punitivo.

Para fins de corroborar o quanto asseverado nas linhas passadas, confira-se o entendimento sustentado por Luigi Ferrajoli, a seguir:

“Um direito penal, em tal sentido ‘democrático’, se orientaria inevitavelmente para um direito penal máximo, ou seja, maximamente repressivo, privado de limites e de garantias, por dois motivos: antes de tudo porque o ponto de vista da maioria induz a conceber o direito penal essencialmente como um instrumento de defesa social, ou seja, de prevenção dos delitos e de defesa dos interesses da maioria não ‘desviada’, contra os atentados à segurança trazidos pela minoria dos ‘desviados’; e é claro que o parâmetro da máxima utilidade possível dos não ‘desviados’ não só não oferece critérios para limitar ou minimizar as aflições da pena, mas, ao contrário, aponta critérios para maximizá-las”.<sup>97</sup>

Nesse ponto, antes de seguir adiante, para que não parem dúvidas desnecessárias quanto à diferenciação entre Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo, é oportuno se valer das considerações, efetuadas por Luigi Ferrajoli, acerca da mencionada distinção.

Em primeiro lugar, Ferrajoli<sup>98</sup> esclarece que Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo representam dois extremos de sistemas, levando-se em consideração o grau de vinculação garantista em sua estrutura interna, bem assim a natureza das proibições e punições estabelecidas em seus respectivos

---

<sup>97</sup> FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 31.

<sup>98</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

contextos. Sob esta perspectiva, tem-se por necessário alertar que entre esses dois extremos existem sistemas intermediários, sendo apropriado referir-se, tendo em vista os ordenamentos concretos, a uma *tendência* ao Direito Penal Mínimo ou uma *tendência* ao Direito Penal Máximo. Nesse sentido, é possível afirmar que, no âmbito normativo dos modernos Estados de Direito, as referidas tendências opostas convivem entre si.

Tais considerações corroboram o entendimento – a ser desenvolvido no presente capítulo - de que, na seara do Estado de Direito pátrio, existem representações de Direito Penal Máximo, a exemplo do Direito Penal Ambiental, as quais, em razão da incompatibilidade com o modelo garantista, podem vir a ser fulminadas por uma incontornável ilegitimidade, nos termos doravante delineados (*vide* tópico 3.4 *infra*).

Em sequência, ainda de acordo com o aludido doutrinador italiano, importa esclarecer que o Direito Penal Mínimo deve ser entendido como modelo condicionado e limitado ao máximo, orientado racionalmente a estabelecer, em maior grau, a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos frente ao poder punitivo estatal. Já o Direito Penal Máximo, consubstancia um modelo incondicionado e ilimitado, caracterizado pela excessiva severidade, incerteza e imprevisibilidade da intervenção jurídico-penal, configurando-se um sistema de poder com ausência de controle racional em face da inexistência de parâmetros racionais de convalidação e anulação<sup>99</sup>.

Ultrapassadas essas necessárias considerações acerca da diferenciação entre Direito Penal Mínimo e Direito Penal Máximo, é tempo de seguir. Assim sendo, retornando ao enfrentamento da relação entre Democracia e Direito Penal Mínimo, registre-se que, para o fim de estabelecer o contexto propício para o florescimento do Direito Penal Mínimo, tem-se por necessário complementar a mera democracia política com o *plus* garantista proveniente da democracia constitucional.

---

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 83/84.

Nessa mesma linha, Ferrajoli<sup>100</sup>, ao tempo em que afirma que há uma dimensão democrática não antitética, mas complementar à democracia política, salienta que esta conotação da democracia, denominada Democracia Constitucional, consiste em compreender os fundamentos axiológicos e também os limites do direito penal e da pena.

Ao tratar do enquadramento técnico-dogmático do paradigma da Democracia Constitucional, Ferrajoli registra que a referida dimensão democrática surge no período pós-guerra, compreendido entre 1945 a 1949, sendo a constituição - caracterizada por sua rigidez<sup>101</sup> - encarada como norma dirigida a garantir a tutela e a satisfação dos direitos fundamentais. E arremata Ferrajoli:

“Pues bien, es cambio de paradigma, que ha hecho posible el papel de las constituciones como garantía de la división de poderes y de los derechos fundamentales, se produjo con aquella verdadera invención de este siglo, consistente en el carácter rígido de la constitución – o, si prefiere, en la garantía de esa rigidez -, y en consecuencia en la sujeción al derecho de todos los poderes, incluso el poder legislativo, en el plano del derecho interno y también el del derecho internacional: su sujeción, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justicia positiva, y ante todo los derechos fundamentales (...).”<sup>102</sup>

Por tudo isso, a Democracia Constitucional, esteio para a construção do Estado Constitucional de Direito, aponta não apenas o sujeito (nesse caso, coletivo) que está habilitado a decidir (sob a ótica da democracia política: a maioria), mas sim o que não é lícito decidir por nenhuma maioria, conquanto seja por unanimidade. Eis o que se denominou esfera do “não decidível”. No âmbito da Democracia Constitucional, existem limites e vínculos à vontade da

<sup>100</sup> FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

<sup>101</sup> Sobre a rigidez constitucional, confira-se o quanto prelecionado por Luigi Ferrajoli, *in verbis*: “Significa el reconocimiento de que las constituciones son normas supraordenadas a la legislación ordinaria, a través de la previsión, por un lado, de procedimientos especiales para su reforma e, por otro, de la institución del control constitucional de las leyes por parte de tribunales constitucionales”. FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 29.

<sup>102</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, pp. 28 e 29.

maioria, que são traduzidos pela igualdade dos cidadãos – desviados ou não – e a garantia de seus direitos fundamentais, que não é objeto de deliberação pela maioria.<sup>103</sup>

Sob esta perspectiva, Alexandre Morais da Rosa<sup>104</sup> registra que, entendidos os direitos fundamentais enquanto vínculos substanciais normativamente impostos, conclui-se, sob a ótica garantista, que formam a esfera do *indecidível*, ou seja, devem estar a salvo das deliberações - orientadas por extremados critérios de eficiência - da maioria.

Nesse contexto, Ferrajoli salienta que os direitos fundamentais, justamente por estarem garantidos a todos, determinam a esfera do que deve ou não deve ser decidido, sem que nenhuma maioria, nem mesmo por unanimidade, possa decidir, legitimamente, violá-los ou não satisfazê-los.<sup>105</sup>

Com base nessas considerações acerca da Democracia Constitucional se extrai a concepção de que o Direito Penal Mínimo é signo da lei do mais fraco. Em primeiro lugar, entendido o referido modelo jurídico-penal enquanto técnica de minimização da violência social (quando da prática dos delitos, mas também da reação às condutas criminosas), o Direito Penal Mínimo traduz dois objetivos complementares, a saber: a prevenção e a minimização das práticas delitivas, bem assim a prevenção das reações informais aos delitos e a redução da intervenção jurídico-penal.<sup>106</sup>

Os referidos objetivos se coadunam com o entendimento de que o Direito Penal Mínimo consubstancia técnica de tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, ou seja, tanto da maioria *não desviada*, quanto da minoria *desviada*. Com efeito, sendo o objetivo genérico do Direito Penal a redução da

---

<sup>103</sup> FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.

<sup>104</sup> ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

<sup>105</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 32.

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 32.



violência no seio social, tem-se por necessário estabelecer o controle/minimização da violência proveniente da prática delitiva e da violência decorrente do poder punitivo estatal, para o fim de resguardar direitos fundamentais da integralidade dos indivíduos, inclusive dos mais fracos, em face da violência arbitrária do mais forte.

Assim, protege-se, a depender do contexto em que se esteja inserido, o indivíduo mais fraco. Destarte, tutelam-se os direitos fundamentais da vítima, a qual corresponde ao indivíduo mais fraco no contexto da prática da conduta criminosa e, por sua vez, do investigado no curso do procedimento de investigação policial; protegem-se os interesses do acusado na seara do processo criminal; e do condenado ao tempo de cumprimento da pena aplicada no bojo da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, eis o quanto sustentado por Luigi Ferrajoli sobre o Direito Penal Mínimo enquanto modelo jurídico de proteção do indivíduo mais fraco:

“A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência [relacionada à prática dos delitos e à reação em face das condutas criminosas], prevenindo, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do direito penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, proteção do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários”.<sup>107</sup>

Ante o quanto exposto, reforça-se o entendimento de que o Direito Penal Mínimo consiste em um modelo teórico e normativo de Direito Penal direcionado a tutelar e satisfazer os direitos fundamentais, sem olvidar a proteção do indivíduo mais fraco, por meio da imposição de estritos limites à violência arbitrária do sujeito mais forte.

---

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

Os referidos limites correspondem às garantias que possuem a função de assegurar a tutela ou a satisfação dos direitos fundamentais da integralidade dos indivíduos, inclusive do sujeito mais fraco, sendo classificadas em garantias penais substanciais e garantias processuais penais. A primeira espécie é composta por garantias que limitam a intervenção jurídico-penal, sendo exemplificadas pelo princípio da legalidade estrita (taxatividade), lesividade, culpabilidade, intervenção penal mínima, dentre outros. Já a segunda espécie, corresponde às garantias que limitam o processo penal pelo qual será verificada a responsabilidade penal do indivíduo, sendo necessário contar, para o alcance de tal finalidade, com a incidência do princípio da ampla defesa, contraditório, paridade entre acusação e defesa, juízo natural, dentre outros.

No intuito de corroborar o quanto sustentado nas linhas pretéritas, confira-se o entendimento de Luigi Ferrajoli sobre a temática posta sob exame, a seguir:

“Por lo que respecta al delito, estos límites son las garantías penales substanciales: desde el principio de estricta legalidad, materialidad y culpabilidad. Por lo que respecta al proceso, se corresponden con las garantías procesales y orgánicas: la contradictoriedad, la paridad entre acusación e defensa, la estricta separación entre acusación y juez, la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, la oralidad y la publicidad del juicio, la independencia interna y externa de la magistratura y el principio del juez natural. Así, pues, mientras las garantías penales se orientan a minimizar los delitos, o sea, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, o sea, a reducir al máximo sus márgenes de arbitrio”.<sup>108</sup>

Diante do quanto observado, tem-se por necessário registrar, para fins de delimitação do objeto a ser explorado no bojo deste trabalho, que serão focalizadas as garantias penais substanciais, ou seja, aquelas que limitam a intervenção jurídico-penal, especificamente o princípio da legalidade estrita e o princípio da intervenção penal mínima, com especial atenção para o correlato corolário principiológico da subsidiariedade (traduzido pela *ultima ratio*).

---

<sup>108</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 193.

Sob esta perspectiva, é oportuno pontuar que, para fins de consecução do modelo teórico e normativo de Direito Penal Mínimo, com vistas a reduzir a violência no seio social (seja para prevenir a prática de crimes, seja para limitar a reação à ofensa), será necessário implantar dupla estratégia, a saber: a despenalização e o desencarceramento.

De acordo com Ferrajoli, a justificação do direito penal requerida pelo modelo de direito penal mínimo, apta a viabilizar a prevenção da ofensa e a minimização da reação à lesão, impõe uma dupla estratégia de reforma, a saber: *“uma drástica despenalização dos delitos, com conseqüente supressão de pena, e um drástico desencarceramento, ou seja, a restrição do cárcere somente para as ofensas mais graves e intoleráveis ao direito fundamental”*.<sup>109</sup>

Aqui, no bojo do presente trabalho, a atenção deve estar voltada para o fenômeno da despenalização, pois as correlatas implicações mantêm relação direta com o quanto ora se pretende verificar, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista.

Com efeito, a despenalização é entendida - para além da minimização da tutela penal, apenas e tão-somente, em face dos interesses considerados fundamentais - enquanto fenômeno de redução da própria esfera dos bens que possam ser considerados fundamentais<sup>110</sup>. Vale dizer, identificado o rol dos bens jurídicos fundamentais, a despenalização implicará no esvaziamento da mencionada esfera, operacionalizando a retirada de interesses (v.g., o meio ambiente) até então tutelados.

Haja vista a despenalização consubstanciar uma estratégia de reforma para a consecução de um modelo teórico e normativo de Direito Penal Mínimo nos termos acima expostos, verifica-se sua estreita relação com o princípio da

---

<sup>109</sup> FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 34.

<sup>110</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 203.

intervenção penal mínima. Sem embargo, o mencionado princípio, encarado como uma das garantias provenientes do modelo de Direito Penal Mínimo, representa verdadeiro limite à expansão penal, porquanto, além de limitar (corolário principiológico da fragmentariedade) o rol de bens jurídicos fundamentais tutelados pelo Direito Penal, restringe a intervenção jurídico-penal às situações de grave violação ao interesse tutelado, em que não haja outra alternativa normativa (insuficiência das outras formas de controle formal: direito administrativo, civil, por exemplo), a não ser a utilização do aparato jurídico-penal enquanto *ultima ratio* (corolário principiológico da subsidiariedade).

Assim sendo, no âmbito de um Estado Constitucional de Direito e sob a perspectiva do referencial teórico garantista (estampado na Constituição Federal de 1988), orientado pelo modelo teórico e normativo de Direito Penal Mínimo, deve ser verificado se a criminalização das infrações contra o meio ambiente caminha na contramão do fenômeno da despenalização, representando, por conseguinte, o esfacelamento do princípio da subsidiariedade (*ultima ratio*; corolário principiológico da intervenção penal mínima), conforme será estudado em momento subsequente (*vide* tópico 5.1 *infra*).

Ao final, insta assinalar que o modelo teórico e normativo de Direito Penal Mínimo consubstancia uma premissa que deve ser fincada neste momento preliminar do trabalho, pois servirá de base teórica para sustentar a hipótese ora estruturada, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista.

Isso porque, conforme será delineado nas linhas subseqüentes (*vide* especificamente tópico 3.4 *infra*), se a proteção jurídico-penal (*v.g.*, a tutela penal do meio ambiente) for incompatível com o modelo normativo de justificação (consubstanciado pelo direito penal mínimo e seus desdobramentos teóricos: intervenção mínima e máxima tutela de direitos e garantias fundamentais), é possível sustentar a ilegitimidade da correlata seara punitiva à luz da Teoria do Garantismo Penal.

### 3.4 Legitimidade Garantista: Limites de uma Legitimação Interna (Técnico-Jurídica) e Externa (Princípios de Justiça)

Primeiramente, a fim de expor uma abordagem que traduza um desenvolvimento lógico-argumentativo, é preciso estabelecer o enquadramento dogmático da legitimidade segundo a Teoria do Garantismo Penal, para o fim de evitar distorções quanto ao seu alcance semântico nos quadros do mencionado referencial teórico, então selecionado no presente trabalho.

Assim sendo, tem-se por necessário salientar, preliminarmente, que a legitimidade garantista – traduzida pelos vínculos impostos à lei, à função punitiva e à tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos<sup>111</sup> – é classificada em legitimidade jurídica ou interna (vislumbrada sob dúplice perspectiva: formal e substancial) e legitimidade política ou externa (encarada apenas sob o viés material), as quais devem ser analisadas em apartado. Nesse sentido, Ferrajoli pontua o seguinte:

“Por conseguinte, será possível dividir a legitimidade jurídica ou interna – separada sempre da legitimidade política ou externa, em qualquer caso de tipo material – em legitimidade jurídica formal, que se refere somente às formas prescritas para os atos normativos e por conseguinte à vigência das normas produzidas, e legitimidade jurídica substancial, que, ao contrário, se refere aos conteúdos dessas mesmas normas, ali onde estes também estejam prescritos e proibidos por normas acerca da sua produção”.<sup>112</sup>

Verifica-se, a partir do referido enquadramento dogmático garantista, que a legitimidade, consoante a Teoria do Garantismo Penal, impõe o enfrentamento acerca da separação entre Direito e Moral. Isso porque os correlatos desdobramentos teóricos (análise apartada da legitimidade jurídica ou interna e da legitimidade política ou externa) remontam as concepções acerca da relação entre Direito e Moral.

---

<sup>111</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

<sup>112</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 290.

Destarte, a título ilustrativo, importa registrar que, no período iluminista, diante da transformação de Direito e Moral em universos laicos – desvinculando-se, enquanto esferas distintas e apartadas –, fora disseminado o postulado de cariz juspositivista de que não existe uma conexão necessária entre os referidos vetores do condicionamento humano. Sob esta concepção, o Direito não reproduz, nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico (leia-se: divino, natural, dentre outros). Por sua vez, a Moral possui autonomia em relação ao direito positivo, bem assim a qualquer outro sistema normativo, baseando-se, apenas e tão-somente, na consciência individual.<sup>113</sup>

A doutrina iluminista da separação entre Direito e Moral elaborou, concomitantemente, o pressuposto teórico e axiológico necessário de qualquer teoria garantista e de qualquer sistema de direito penal mínimo. Isso porque os desdobramentos da referida doutrina constituem a base filosófico-política da integralidade das garantias penais e processuais, as quais são otimizadas pelos princípios da estrita legalidade ou taxatividade dos delitos, da exterioridade e materialidade das condutas delitivas, da ofensividade, da culpabilidade, do ônus da prova, do direito à ampla defesa, bem como da conexa presunção de inocência diante da ausência de provas e de julgamento, dentre outros.<sup>114</sup>

No entanto, esclareça-se, de plano, que o fato de a teoria garantista ser lastreada pela referida doutrina iluminista não conduz à necessária conclusão de que há uma relação de estancamento entre Direito e Moral. O próprio Ferrajoli reconhece que a referida separação não significa, em absoluto, que o Direito não incorpore valores ou princípios morais e não tenha, ao menos neste sentido, certa relação conceitual necessária com a Moral<sup>115</sup>. Aqui, no bojo do

---

<sup>113</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 175.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 180 e 185.

<sup>115</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. 2ª Ed. Tradução: Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2009, p. 12.

presente trabalho, ao revés de se valer da expressão *relação conceitual necessária*, utilizar-se-á a designação *relação de permeabilidade*, por melhor transparecer o que será detalhado nas linhas subsequentes.

Assim sendo, importa assinalar que, a despeito de ser necessária a interferência (que não se confunde com contaminação!) axiológica (Moral) sobre o fenômeno jurídico (Direito), o modelo garantista penal – justamente para evitar violações principiológicas e subjetivismos exarcebados por parte do aplicador do direito (contaminado por direcionamentos morais) – estabelece a aplicação do Direito Penal sob o espectro de uma dupla legitimação: a interna (técnico-jurídica) e a externa (princípios de justiça).

No que diz respeito a estas facetas da legitimação (interna e externa) do Direito Penal, eis o quanto prelecionado pelo próprio Luigi Ferrajoli, a seguir transcrito:

“Por legitimação externa ou justificação refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por legitimação interna ou legitimação em sentido estrito refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às razões externas, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas razões internas, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre justiça e validade. Um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como ‘justos’ em base a critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; por sua vez, serão considerados legítimos do ponto de vista interno, se tidos como ‘válidos’, ou seja, conformes com as normas de direito positivo que disciplinam a produção dos mesmos”.<sup>116</sup>

Nesse ponto, é cabível a seguinte observação: apesar de a legitimação em sentido estrito se referir a uma análise da validade jurídica, no presente trabalho, por respeito aos limites teóricos do objeto temático específico, não

---

<sup>116</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 171.

será efetuada incursão técnica a respeito das consequências jurídicas advindas de uma invalidade normativa.

Isso porque, ao tratar da ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial garantista (e, por conseguinte, sob a perspectiva da dúplice legitimação), discussões acerca da possibilidade de normas constitucionais inconstitucionais<sup>117</sup> seriam travadas, extravasando, por via de consequência, os limites epistemológicos delineados no âmago deste trabalho.

Em sequência, insta ressaltar que, nos quadros do garantismo penal, a relação permeável entre Direito e Moral é plenamente aceitável (tendo em vista a otimização dos princípios de justiça configurar uma finalidade garantista), não sendo, entretanto, admitida a confusão entre os referidos vetores do condicionamento humano.

Com efeito, a confusão pós-iluminista entre Direito e Moral, caracterizada pela renúncia aos pontos de referência axiológicos externos como fontes de justificação, ou seja, enquanto limites e fundamentos morais e políticos do Direito Penal, originou modelos penais de caráter autoritário<sup>118</sup>, nos quadros dos quais não se verifica observância aos princípios fundamentais (legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade) que otimizam as garantias penais e processuais.

Destarte, propõe-se um modelo de análise do Direito Penal sob um campo de dupla legitimação (interna e externa), conforme sinalizado acima. Explica-se: sob esta perspectiva, o intérprete deverá, para fins de aplicação do Direito Penal, analisar o requisito da validade jurídica - de determinada norma incriminadora - segundo princípios e regras contidas no próprio ordenamento jurídico, sem a interferência de elementos axiológicos externos – os quais

---

<sup>117</sup> Cf. BACHOF, Otto. *Nomas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e Nota Prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>118</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 181-185.



poderiam contaminar o atuar decisório e distorcer o arcabouço principiológico garantista. Eis, portanto, a interface da legitimação interna.

Assim sendo, se determinada estrutura normativa, atinente a uma proteção jurídico-penal (a exemplo da tutela do meio ambiente), não for compatível com princípios fundamentais concernentes ao modelo penal garantista (cujos pilares são legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade), é possível, portanto, sustentar a ilegitimidade da correlata seara punitiva à luz da Teoria do Garantismo Penal, especificamente sob a faceta da legitimação interna ou em sentido estrito.

Em um segundo passo hermenêutico, o intérprete – efetuada a análise da validade jurídica de determinada tipologia jurídico-penal – verificará, sob a influência de elementos de referência axiológicos externos (princípios de justiça), se a incidência normativa propiciará a máxima tutela dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados. Eis, por conseguinte, a faceta da legitimação externa, também denominada justificação política.

Nesse ponto, importa registrar que o modelo normativo de justificação, traçado nos quadros do esquema garantista, possui conteúdo e contornos de direito penal mínimo, ou seja, a tutela jurídico-penal restará justificada, caso consubstancie o máximo bem-estar possível aos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário aos desviantes, sob a ótica fulcral da máxima proteção dos direitos e garantias fundamentais da integralidade dos indivíduos.<sup>119</sup>

Nessa mesma linha de intelecção, ao tratar do Garantismo e Legitimação Externa, considerando que o direito penal mínimo constitui o modelo normativo de justificação política do Direito Penal sob o viés da lei do mais débil, e sinalizando o nexo entre garantias penais e processuais e a mencionada legitimação, eis o quanto sustentado por Luigi Ferrajoli, a seguir:

“Precisamente por orientarse a regular y minimizar la violencia punitiva, las garantías se configuran como las fuentes de

---

<sup>119</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 271.

justificación del derecho penal, como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa – desde la venganza privada hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos – que se produciría en ausencia del derecho penal. Quiero decir que la única justificación racional que puede ofrecerse del derecho penal, como alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que permita reducir, o sea minimizar, la cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos. (...) El derecho penal, podríamos decir, se justifica si y sólo si, además de prevenir los delitos (...), logra también minimizar la violencia de las reacciones frente a los delitos. Si y sólo si, en consecuencia, logra ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada. Si, en suma, es capaz de realizar, como derecho penal mínimo, un doble objetivo: no sólo la prevención y la minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas”.<sup>120</sup>

Ante o quanto exposto, insta assinalar que a proteção jurídico-penal (v.g., a tutela penal do meio ambiente) incompatível com o modelo normativo de justificação política (consustanciado pelo direito penal mínimo e seus desdobramentos teóricos, ou seja, intervenção mínima e máxima tutela de direitos e garantias fundamentais) não será legítima sob a perspectiva da legitimação externa.

Nesse ponto, torna-se imperioso salientar que tais desdobramentos teóricos mantêm uma relação de complementariedade fundamentada no seguinte: as garantias penais e processuais – taxatividade, materialidade, lesividade e culpabilidade; presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, dentre outras – constituem técnicas que objetivam reduzir o máximo possível a esfera dos delitos, traduzindo, destarte, o perfil da mínima intervenção penal.<sup>121</sup>

Assim sendo, com base na construção teórica acima, é possível, portanto, sustentar que determinada proteção jurídico-penal que não atenda aos pontos de referência axiológicos externos do esquema garantista,

<sup>120</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 194.

<sup>121</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 195.

traduzidos pelo aludido modelo normativo de justificação política, não será legítima sob a faceta da legitimação externa.

Ao final, tem-se por necessário repisar que o referido modelo de legitimação do Direito Penal apresenta a importante função de transparecer que a relação entre Direito e Moral tem de ser permeável, porém não se deve confundir os referidos vetores do condicionamento humano, sob pena de transfigurar o ato decisório em verdadeira expressão do arbítrio e configurar um modelo penal apartado dos princípios fundamentais que otimizam as garantias penais e processuais acima identificadas.

Sem embargo, a ausência de distinção entre normatividade e realidade propicia, no âmbito da atividade interpretativa do Direito, a tomada de posicionamentos arbitrários (verdadeiro *decisionismo judicial*), destituídos de uma legítima fundamentação jurídica e imparcial, sendo altamente contaminados por exagerados subjetivismos e infundados direcionamentos axiológicos (ético-políticos), impossibilitando, assim, a necessária tutela máxima dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Ao salientar a importância da indigitada separação entre legitimação interna e legitimação externa para a estruturação do modelo penal garantista, Ferrajoli sustenta que esta diretiva doutrinária forma, duplamente, o seguinte:

“(...) o pressuposto teórico e axiológico do modelo penal garantista, vez que esta exclui tanto a autolegitimação ético-política como a heterolegitimação jurídica do direito, exigindo que a sua legitimação política seja somente externa, vale dizer, fundada sobre valores e interesses individuais ou coletivos por ela efetivamente tutelados, e que aquela jurídica seja somente interna, isto é, fundada na lei, do modo mais exclusivo possível, no que tange às fontes, e mais exaustivo no que concerne aos conteúdos, segundo os princípios convencionais e cognitivos da estrita legalidade e da estrita jurisdicionariedade”.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 173.

Diante do quanto delineado, verifica-se que, nos quadros do garantismo penal, determinada proteção jurídico-penal (a exemplo da tutela penal do meio ambiente) somente será legítima à luz da Teoria do Garantismo Penal, caso apresente compatibilidade: I) com os princípios fundamentais que otimizam as garantias penais e processuais, ou seja, a estrutura normativa interna do esquema garantista (cujos pilares são legalidade estrita e estrita jurisdicionabilidade); e II) com correlato modelo normativo de justificação externa, consoante demonstrado acima.

É justamente sob esta perspectiva teórica e axiológica que será enfrentada a verificação científica acerca da ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente no bojo do presente trabalho (*cf.* tópico 5.3 *infra*).

## **4. A TUTELA JURÍDICO-PENAL DO MEIO AMBIENTE E OS CORRELATOS DESDOBRAMENTOS TEÓRICOS**

No presente capítulo, efetuar-se-á incursão técnico-jurídica acerca da tutela penal do bem jurídico meio ambiente e dos correlatos desdobramentos teóricos, perpassando pelas noções de direito penal clássico e moderno, para o fim de estabelecer o enquadramento dogmático da mencionada proteção jurídico-penal.

### **4.1 O Meio Ambiente enquanto Bem Jurídico posto sob a Tutela Penal**

Primeiramente, antes de enfrentar o objeto do presente tópico – a tutela penal do bem jurídico meio ambiente -, torna-se necessário, para fins de sintonização com o específico tema, debruçar-se sobre os seguintes pontos relevantes: consciência ambiental, juridicização da questão ambiental, constitucionalização do meio ambiente, dentre outros que serão abordados nas linhas subsequentes, em razão da aderência temática.

Por zelo ao encadeamento lógico das formulações teóricas, convém registrar que a consciência ambiental surge no hipocentro de um significativo abalo entre o desenvolvimento humano (quantitativo e qualitativo) e a preservação dos recursos naturais. Isso porque o aumento populacional (aspecto quantitativo) e o avanço industrial/tecnológico (aspecto qualitativo) são vetores que operam sob a ótica da infinidade, enquanto que as fontes ambientais, cada vez mais, são caracterizadas pela sua finitude.

Nesse sentido, são precisos os dizeres de Eugene P. Odum, porquanto o referido doutrinador sustenta que a estratégia da “máxima proteção” (traduzida pelo alcance ao máximo apoio da estrutura complexa da biomassa), que caracteriza o desenvolvimento ecológico, entra frequentemente em conflito com o objetivo do homem concernente à “máxima produção” (tentativa de obter a mais alta produção possível).

Semelhantemente, ao tratar da crise ambiental, traduzida pela galopante devastação do meio ambiente – fenômeno que, frise-se, acompanha

o homem desde sua gênese -, Édis Milaré<sup>123</sup> esclarece que o ponto fulcral da presente análise circunscreve a apropriação dos recursos naturais limitados para satisfação de necessidades ilimitadas. E vai além, salientando que este fenômeno aparentemente simples – bens finitos *versus* necessidades infinitas – está na raiz da relação polar diametralmente oposta, estabelecida entre desenvolvimento humano e preservação ambiental.

Assim sendo, verificando-se que o desenvolvimento humano estava em descompasso com a preservação do meio ambiente, a questão ambiental passou a ser enfrentada e, por conseguinte, fora iniciada a busca por uma compatibilização, sendo estruturadas estratégias de desenvolvimento sustentável, o que acabou por tornar fértil o terreno no qual floresceu a consciência ambiental.

No entanto, essa consciência ambiental não fora construída de maneira automática, e sim através de um lento processo de reconhecimento e de sedimentação do entendimento de que o desenvolvimento industrial, o progresso tecnológico, a urbanização desenfreada, a explosão demográfica e a sociedade de consumo, sem a necessária gestão ambiental<sup>124</sup>, apontam para a degradação/limitação dos recursos planetários<sup>125</sup>.

Sob esta perspectiva, Eduardo Reale Ferrari pontua que as causas da referida afetação ao meio ambiente estão vinculadas diretamente a atividades do homem, “*destacando-se o processo tecnológico, a urbanização desenfreada, a explosão demográfica e a sociedade de consumo, tornando*

---

<sup>123</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 733.

<sup>124</sup> Sobre gestão ambiental, eis o quanto prelecionado por Édis Milaré, *ipsis litteris*: “(...) a gestão ambiental é um conjunto de diretrizes, normas e ações destinadas à administração dos recursos naturais, da qualidade ambiental e do meio ambiente como um todo. Tudo isto supõe políticas apropriadas, ações coordenadas e um grande empenho participativo, seja do Poder Público, seja de segmentos organizados da sociedade: são fatores constitutivos da gestão. Guarde-se bem: gestão ambiental é responsabilidade compartilhada, não é questão exclusiva de indústrias e classes empresariais, como erroneamente muitos acreditam e propugnam. Cada cidadão, cada grupo, na medida das suas responsabilidades e competência, é, *ipso facto*, gestor ambiental”. MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 735.

<sup>125</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

*atual e democrática a polêmica acerca dos limites dos recursos do nosso planeta*".<sup>126</sup>

Nesse mesmo sentido, Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado assinala que a intervenção humana no meio ambiente e os respectivos problemas decorrentes não são recentes, mas alcançaram níveis alarmantes, em função de fatores econômicos e políticos, sendo certo que o crescimento populacional contínuo também foi motivo para a diversificação das ações do ser humano sobre o meio ambiente.<sup>127</sup> Para o fim de arrematar o quanto lecionado pela mencionada doutrinadora, importa trazer à baila o quanto salientado por Luiz Regis Prado, a saber: "*a questão ambiental emerge, portanto, no terreno político-econômico e da própria concepção de vida do homem sobre a terra*".<sup>128</sup>

Sob este viés, tem-se por necessário registrar que a preocupação (consciência ambiental), referente à destruição do meio ambiente pela ação devastadora do homem, teve início, especialmente, a partir da segunda metade do século XX. Conforme dito alhures, a referida preocupação não fora originada de maneira automática, e sim por meio de um processo gradativo de conscientização, impulsionado pela pressão dos organismos internacionais, que conduziu a uma universalização da luta pela preservação do meio ambiente, iniciando uma nova forma de solidariedade entre os povos.<sup>129</sup>

Sem embargo, conforme registra Luís Paulo Sirvinskas<sup>130</sup>, inúmeras organizações não governamentais (entidades da sociedade civil organizada), representadas em praticamente todos os países do globo, passaram a defender o meio ambiente em face de atos lesivos praticados pelo homem, cuja

---

<sup>126</sup> FERRARI, Eduardo Reale. *Op. Cit.*, 2003, p. 1185.

<sup>127</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de poluição: uma resposta do direito penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 25.

<sup>128</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

<sup>129</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

<sup>130</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 03 e 04.

finalidade corresponde a alertar o Poder Público e a sociedade quanto à necessidade de se proteger o meio ambiente em prol desta e das futuras gerações.

De fato, a conscientização ambiental ganha relevo no cenário mundial, principalmente, com o advento da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida como Conferência de Estocolmo<sup>131</sup>, realizada na Suécia, durante os dias 05 a 16 de junho de 1972, porquanto o grau de preservação do meio ambiente se “*generaliza e a proteção do ambiente torna-se um dos pilares na edificação de uma nova ordem internacional*”.<sup>132</sup>

Sem embargo, a mencionada Conferência de Estocolmo, “atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano”, proclamou, no bojo da correlata Declaração, 07 (sete) assertivas preliminares e 26 (vinte e seis) princípios.<sup>133</sup> Dentre os referidos princípios, confira-se o conteúdo dos Princípios 1 e 13 da Declaração de Estocolmo, os quais estabelecem as premissas registradas nas linhas pretéritas:

**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.

**Princípio 13** - Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o

---

<sup>131</sup> Cf. SANTANA, Heron José de. *Princípios e regras de soft law: novas fontes de direito internacional ambiental*. In Revista Brasileira de Direito Ambiental. São Paulo: Fiuza, v. 01, pp. 97/131, 2005.

<sup>132</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 64.

<sup>133</sup> Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em 14/09/2013.



desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população.<sup>134</sup>

Especificamente no que diz respeito ao Brasil, registre-se que o movimento de defesa ao meio ambiente teve início na década de 70 do século XX, no Estado do Rio grande do Sul, que, desde então, vem se mantendo em posição de vanguarda no que concerne à proteção ambiental.

Ainda em relação a esta efervescência sociocultural, que reverberou efeitos no cenário político-econômico, registre-se que, no período compreendido entre os dias 03 a 14 de junho de 1992, vinte anos após a realização da Conferência de Estocolmo, o Brasil foi selecionado para sediar a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a qual fora realizada na cidade do Rio de Janeiro, e ficara conhecida como Rio 92, ECO-92 ou Cúpula da Terra.

Por meio da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, reafirmou-se a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972, buscando avançar a partir dela, com o objetivo de estabelecer uma nova e justa parceria global, com vistas à conclusão de acordos internacionais que traduzissem respeito aos interesses de todos e proteção à integridade do sistema global de meio ambiente.<sup>135</sup>

Após trinta anos da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, sediada em Estocolmo, e dez anos após a ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, conhecida por Rio+10, reuniu-se na cidade de Johannesburgo, na África do Sul, no período compreendido entre 26 de agosto a 04 de setembro de 2002, para o fim de dar seguimento às discussões já iniciadas no âmbito das anteriores Conferências, detectando medidas

---

<sup>134</sup> Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em 14/09/2013.

<sup>135</sup> Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 14/09/2013.

protetivas da biodiversidade e abordando as metas para um desenvolvimento sustentável.<sup>136</sup>

No âmbito do evento Rio+10, fora apresentado o Relatório Planeta Vivo 2002, produzido pela rede WWF<sup>137</sup>, pelo qual se constata, com base no índice da pressão ambiental que cada habitante exerce sobre o Planeta, que a humanidade está fazendo uma excessiva apropriação dos recursos naturais, pois se está consumindo 20% além da capacidade planetária de suporte e reposição.<sup>138</sup>

Recentemente, após 20 (vinte) anos da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, também conhecida por ECO-92, o Brasil, por mais uma vez, sediou um evento no qual foram abordadas as principais discussões ambientais em voga. Com efeito, no período compreendido entre os dias 13 a 22 de junho de 2012, fora realizada a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, denominada Rio+20, cujo objetivo era discutir a renovação do compromisso político atinente ao desenvolvimento sustentável. No âmbito da Rio+20, as discussões giraram em torno da efetiva implementação do desenvolvimento sustentável – que dialoga com a necessidade de promoção de prosperidade, bem-estar e proteção do meio ambiente -, bem assim sobre questões

---

<sup>136</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 05.

<sup>137</sup> “Criada em 1961, nas últimas décadas, a Rede WWF (antes conhecido como Fundo Mundial para a Natureza) se consolidou como uma das mais respeitadas redes independentes de conservação da natureza. Com sede na Suíça, a Rede WWF é composta por organizações e escritórios em diversos países que têm como característica a presença tanto local quanto global e o diálogo com todos os envolvidos na questão ambiental: desde comunidades como tribos de pigmeus Baka nas florestas tropicais da África Central, até instituições internacionais como o Banco Mundial e a Comissão Européia. Com quase cinco milhões de associados distribuídos em cinco continentes, a Rede WWF é a maior organização do tipo no mundo, atuando ativamente em mais de cem países, nos quais desenvolve cerca de 2 mil projetos de conservação do meio ambiente. Hoje, a instituição pode afirmar confortavelmente que teve um papel crucial na evolução do movimento ambientalista mundial. Desde 1985, o WWF investiu mais de US\$1,165 milhões em mais de **11 mil projetos em 130 países**. Cada um deles é parte importante na campanha mundial para deter a aceleração do processo de degradação da natureza no mundo e para ajudar cada ser humano a viver em harmonia com o meio ambiente”. Disponível em: <[http://www.wwf.org.br/wwf\\_brasil/wwf\\_mundo/](http://www.wwf.org.br/wwf_brasil/wwf_mundo/)>. Acesso em 14/09/2013.

<sup>138</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 732.

relacionadas à sustentabilidade, como a necessária cooperação internacional e o acesso à energia sustentável.<sup>139</sup>

No decorrer e no âmago desta verdadeira mudança de paradigma, vale dizer, a partir da mencionada conscientização, especificamente nos idos da segunda metade do século XX, a questão ambiental superou o patamar de discussão político-econômica, sendo o meio ambiente inserido no rol dos interesses (bens jurídicos) sujeitos à tutela jurídica<sup>140</sup>. Assim, a questão ambiental experimentou o fenômeno da juridicização, ou seja, fora incorporada no ordenamento jurídico, passando a ser disciplinada por normas jurídicas, o que determinou o surgimento da disciplina Direito Ambiental.

Sob esta perspectiva, confira-se o quanto sustentado por Édis Milaré a respeito da nova disciplina jurídica Direito Ambiental:

“Como ocorreu no passado, em situações cruciais ou de mudanças profundas, a Questão Ambiental sacudiu também a instituição do Direito. A velha árvore da Ciência Jurídica recebeu novos enxertos. E assim se produziu um ramo novo e diferente, destinado a embasar novo tipo de relacionamento das pessoas individuais, das organizações e, enfim, de toda a sociedade com o mundo natural. O Direito ambiental ajuda-nos a explicitar o fato de que, se a Terra é um imenso organismo vivo, nós somos a sua consciência. O espírito humano é chamado a fazer as vezes da consciência planetária. E o saber jurídico ambiental, secundado pela ética e municiado pela ciência, passa a co-pilotar os rumos desta nossa frágil espaçonave”.<sup>141</sup>

Ultrapassadas essas primeiras sinalizações sobre Direito Ambiental, torna-se imperioso, por zelo ao encadeamento lógico das idéias, tecer breves considerações sobre a nomenclatura empregada para designar a referida

---

<sup>139</sup> Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/alem-da-rio20-avancando-rumo-a-um-futuro-sustentavel/>>. Acesso em 14/09/2013.

<sup>140</sup> No que concerne à tutela jurídica do meio ambiente, especificamente, sobre o Direito Ambiental, conferir SERRANO, José-Luis. *Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O Novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 33/49.

<sup>141</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 755.

disciplina jurídica. De acordo com a doutrina<sup>142</sup>, são inúmeras as denominações, dentre as quais, destacam-se as seguintes: Direito Ecológico, Direito Ambiental, Direito do Meio Ambiente, Direito do Ambiente e Direito de Proteção da Natureza.

Nesse ponto específico, antes de discorrer sobre outros aspectos atinentes ao Direito Ambiental, tem-se por necessário apontar a crítica que circunscreve a expressão *meio ambiente*. Isso porque *meio ambiente*, além de servir para denominar a referida disciplina jurídica (v.g. Direito do Meio Ambiente), trata-se de expressão utilizada no bojo do texto constitucional pátrio e também no âmbito da legislação infraconstitucional, merecendo, portanto, registro nas linhas subsequentes.

Com efeito, segundo a doutrina pátria<sup>143</sup>, a expressão *meio ambiente*, embora seja “bem sonante”, é criticada por ser redundante; trata-se de hipótese emblemática de incidência da figura de linguagem denominada *pleonasm*o. Isso porque o termo *meio* significa aquilo que está no centro de alguma coisa e o termo *ambiente* indica o lugar que cerca ou envolve coisas ou a área onde habitam os seres vivos. Assim sendo, no vocábulo *ambiente* está também inserido o conceito de *meio*.

Muito embora a expressão *meio ambiente* tenha recebido a crítica apontada, a sua utilização fora consagrada na doutrina, na jurisprudência e no próprio ordenamento jurídico pátrio (no bojo da Constituição e na legislação infraconstitucional), conforme sinalizado anteriormente.

Visto isso, apesar de já se ter empreendida a significação dos referidos termos (meio e ambiente), torna-se necessário conceituar a expressão *meio*

---

<sup>142</sup> Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 16ª. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51; e MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 757.

<sup>143</sup> Cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 16ª. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12; e FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 17.

*ambiente*, pois sua conceituação extravasa os contornos semânticos indicados nas linhas passadas.

Assim sendo, registre-se que, no âmbito da legislação infraconstitucional pátria, o meio ambiente possui um conceito legal, uma vez que o artigo 3º, inciso I, da Lei 6.938/81 - que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências -, preceitua expressamente o seguinte:

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.

Ocorre que o conceito legal restringe deveras o conteúdo semântico que compõe a expressão meio ambiente, a qual não se limita a congregar, apenas e tão-somente, os recursos naturais, abarcando também os meios artificiais e culturais. Nesse sentido, o meio ambiente passa a ser estudado sob três perspectivas, sendo oportunos os dizeres de José Afonso da Silva acerca da indigitada temática, a seguir transcritos:

“I – *meio ambiente artificial*, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: espaço urbano aberto); II – *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; III – *meio ambiente natural*, ou físico, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correção recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam”.<sup>144</sup>

Ante o quanto exposto, verifica-se que o conceito legal – traduzido pela terceira perspectiva extraída da conceituação doutrinária, ou seja, o meio

---

<sup>144</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 03.

ambiente natural – deve ser complementado pelos dois primeiros sentidos, a saber: o meio ambiente artificial e o cultural.

Ademais, há quem sustente que ao conceito doutrinário deve ser acrescentado o meio ambiente do trabalho, o qual é conceituado da seguinte forma: “ambiência na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano”<sup>145</sup>; “integra a proteção do homem em seu local de trabalho com observância às normas de segurança”<sup>146</sup>.

A título ilustrativo, convém registrar que, no âmbito da legislação do Estado da Bahia, também se detecta a conceituação legal de *ambiente*. Com efeito, a Lei nº 3.858, de 03 de novembro de 1980, que institui o Sistema Estadual de Administração dos Recursos Ambientais e dá outras providências, disciplina, no bojo do artigo 2º, *caput* e parágrafo único, o conceito de *ambiente*, cuja transcrição segue abaixo:

**Art. 2º** - Considera-se ambiente tudo o que envolve e condiciona o homem, constituindo o seu mundo, e dá suporte material para a sua vida bio-psico-social.

**Parágrafo único** - Serão considerados sob esta denominação, para os efeitos da Lei, o ar e a atmosfera, o clima, o solo e o subsolo; as águas interiores e costeiras superficiais e subterrâneas, e o mar territorial, bem como a paisagem, a fauna, a flora e outros fatores condicionantes da salubridade física e social da população.

A partir de uma primeira análise do dispositivo legal, com base em uma preliminar impressão do *caput* do artigo 2º, seria possível sustentar que o referido conceito legal se aproximaria da conceituação construída em sede doutrinária, em razão de sua elasticidade semântica. Ocorre que, consoante o conteúdo restritivo constante do correlato parágrafo único, percebe-se que a legislação estadual, tal qual a lei federal, restringiu o conteúdo do termo *ambiente* aos recursos naturais apenas, olvidando dos meios artificial e cultural.

---

<sup>145</sup> ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 30.

<sup>146</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

Efetuadas as considerações acerca do *meio ambiente*, torna-se imperioso sinalizar que, no bojo do presente trabalho, tanto a expressão meio ambiente, quanto a designação Direito Ambiental serão utilizadas para se referir aos objetos identificados acima.

Assim sendo, tendo em vista que é preciso avançar, passa-se, em sequência, a enfrentar o conceito de Direito Ambiental, pois é importante estabelecer seus limites epistemológicos para fins de verificar suas relações com os outros ramos do Direito, especificamente com o Direito Constitucional.

Inicialmente, registre-se, consoante sustentam Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas<sup>147</sup>, que o Direito Ambiental compõe o rol das disciplinas que figuram na condição de ramo do Direito Público, sendo encarado sob dois aspectos: o primeiro de cariz objetivo, ou seja, vislumbra-se o Direito Ambiental Objetivo consistente no conjunto de normas jurídicas (regras e princípios) que disciplinam a proteção do meio ambiente; e o segundo de natureza científica, pelo qual o Direito Ambiental, enquanto ciência jurídica, tem por finalidade o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente.

Semelhantemente, Édis Milaré, amparado pelo ordenamento jurídico, sustenta que é possível ensaiar uma noção do que vem a ser o Direito Ambiental, considerando-o como o complexo de princípios e normas, tanto em âmbito internacional como nacional, "coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações".<sup>148</sup>

Demais disso, ainda sobre noções de Direito Ambiental, importa sinalizar que este ramo do Direito Público apresenta natureza multidisciplinar, uma vez que se conecta a outras áreas do conhecimento científico para fins de

---

<sup>147</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 21.

<sup>148</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 759.

embasar, sob uma perspectiva teórico-técnica, a tutela jurídica do meio ambiente.

Nessa linha de intelecção, eis o posicionamento de Paulo Affonso Leme Machado a respeito da referida multidisciplinariedade verificada no âmbito jurídico-ambiental:

“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 antagônica. 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”.<sup>149</sup>

Após o enfrentamento da juridicização da questão ambiental, com o acompanhamento do surgimento do Direito Ambiental e análise de seus desdobramentos teóricos nas linhas pretéritas, eis o momento de se debruçar sobre o fenômeno da constitucionalização do meio ambiente, o qual alcançou, na maior parte dos Estados, o *status* de valor constitucionalmente assegurado.

Sem embargo, conforme pontua Luiz Regis Prado<sup>150</sup>, em razão do conteúdo político e da relevância do fenômeno ambiental, traduzido pela conscientização social, as Constituições mais modernas, especificamente a partir da década de 70 do século XX, passaram a conferir tratamento explícito/expresso ao meio ambiente no bojo dos correlatos textos constitucionais<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16ª. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

<sup>150</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

<sup>151</sup> Ainda a respeito do processo de constitucionalização do meio ambiente, é digna de nota a incursão teórica efetuada pelo aludido doutrinador, o qual sinaliza, especificadamente, a inclusão da referida temática no bojo do texto constitucional de diversos Estados, *in verbis*: “De primeiro, ressalte-se que as Cartas francesas de 1946 e 1958 não fazem alusão expressa ao ambiente. Contudo, há em França uma ampla e prolixa legislação ordinária a respeito. O



No Brasil, seguindo-se a trajetória evolutiva de países como Portugal, Grécia e Espanha, fora consagrada a tutela jurídica constitucional-ambiental, a qual vem estatuída no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o qual segue transcrito nas linhas subsequentes:

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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

---

reconhecimento, nesse país, do ambiente como uma finalidade de interesse geral ocorreu com a Lei de Proteção da Natureza de 10.07.1976 (...). De modo similar, a Lei Fundamental Alemã, de 1949, tampouco trata diretamente do assunto. (...) Isso não impede a existência de uma intrincada legislação administrativa e de uma das mais complexas tutelas penais da Europa no campo ambiental. Na Itália, a Constituição de 1947 discorre no artigo 9.2 sobre a 'tutela da paisagem, do patrimônio histórico e artístico da nação'. Esta última norma vem sendo interpretada extensivamente, como princípio informador da ação ambiental. (...) Em termos de Direito Comunitário europeu, merece referência a ratificação pelos países da Comunidade Econômica Européia da chamada 'Ata única Européia', de 1986. O seu artigo 130-R, 1, contém as linhas básicas de uma política ambiental comum. (...) Em geral, as Constituições americanas mais recentes consignam o aspecto ambiental [a Constituição da Argentina de 1994; Constituição chilena de 1972; Constituição do Panamá de 1972; Carta do Peru de 1980; Constituição Colombiana de 1991]. (...) Em sentido aproximado, têm-se ainda as Constituições de Cuba, de 1973 (art. 27); El Salvador, de 1983 (art. 117); da Guatemala, de 1985 (art. 97), e do México, de 1987 (art. 27)". PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 69 a 73.

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 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.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Segundo o referido dispositivo normativo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser contemplado enquanto valor de indiscutível relevância para a qualidade de vida do homem, devendo ser protegido pela coletividade em respeito às presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado<sup>152</sup> sinaliza que, sensível à complexidade da questão do ambiente e ciente da consolidação da planetária consciência ambiental, o constituinte originário erigiu à categoria de direito fundamental –

---

<sup>152</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

de terceira dimensão, conforme será pormenorizado no tópico subsequente – o direito ao meio ambiente equilibrado/preservado.

A partir de uma perfunctória análise acerca do *caput* do transcrito artigo 225, verifica-se que a utilização do pronome indefinido *Todos* (no trecho *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*) demonstra a difusão da titularidade do mencionado direito fundamental; sem embargo, trata-se o meio ambiente de um interesse constitucional de cariz coletivo/difuso, supraindividual, de natureza universal.

Nesse sentido, extrai-se do entendimento esposado por Paulo Affonso Leme Machado<sup>153</sup> o seguinte: o uso do referido pronome indefinido (*todos*) alarga a abrangência da norma jurídico-constitucional, porquanto, não particularizando seus titulares, ou seja, quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja, tratando-se, portanto, de um interesse transindividual.

Na seara jurisprudencial, no âmbito jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, o direito ao meio ambiente equilibrado/preservado também fora objeto de análise pelo Ministro Celso de Mello, ao relatar o Mandado de Segurança nº 22.164-0-SP. Eis o quanto relatado pelo mencionado julgador:

“O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. (...) Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal (RE 134.297-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO), de 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”.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 16ª. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123.

<sup>154</sup> (MS 22164, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155).

Após a análise do processo de constitucionalização da questão ambiental, torna-se imperioso iniciar a abordagem sobre o objeto específico do presente tópico, a saber: a tutela penal ambiental, vale dizer, o bem jurídico meio ambiente posto sob a proteção jurídico-penal.

Nesse passo, haja vista o quanto disciplinado no artigo 225, § 3º, do Texto Constitucional – leia-se: *as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais* -, significativa parcela da doutrina jurídico-penal (e ambiental) nacional, encabeçada por Luiz Regis Prado, passou a sustentar que a Constituição Federal de 1988 traz, em seu bojo, um mandato expresso de criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente. No intuito de corroborar o quanto asseverado, confira o quanto sustentado pelo referido autor:

“Desse modo, não se limita simplesmente a fazer uma declaração formal de tutela do ambiente, mas, na esteira da melhor doutrina e legislação internacionais, estabelece a imposição de medidas coercitivas aos transgressores do mandamento constitucional. Assinala-se a necessidade de proteção jurídico-penal, com a obrigação ou mandato expresso de criminalização. Com tal previsão, a Carta brasileira afastou, acertadamente, qualquer eventual dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do ambiente”.<sup>155</sup>

Com base no referido mandato expresso de criminalização, o legislador ordinário, olvidando-se do modelo de criminalização mínima adotado no bojo da Constituição Federal de 1988 (*vide* tópico 5.1 *infra*), concluiu pelo amparo constitucional para fins de produção legislativa de natureza penal em matéria ambiental; o que decerto propiciou a confecção, em especial, da Lei nº 9.605/98, que *dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*.

---

<sup>155</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 80.

Sob este viés, insta assinalar que merece registro a referida legislação, pois, conforme sustentam Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, trata-se de marco final do aparato legislativo brasileiro. Isso porque, consoante sinalizam os referidos doutrinadores, conta a sociedade, a partir de então, com um arcabouço legal completo. E identificam tal conjunto normativo, a saber: “A Constituição Federal (art. 225), a Lei 6.983, de 31.08.1981, que trata da política nacional do meio ambiente, a Lei 7.347, de 24.07.1985, que cuida da ação civil pública, e a Lei 9.605, de 12.02.1998, que zela pela proteção penal”.<sup>156</sup>

Ocorre que a produção legislativa penal em matéria ambiental não se inicia com o advento da Lei nº 9.605/98; há muito, o legislador ordinário já se valia das normas jurídico-penais para tutelar o meio ambiente. Assim sendo, para os fins propostos neste trabalho, sem qualquer intenção de incursionar acerca da evolução histórica da legislação penal ambiental pátria, passa-se a discorrer sobre a tutela penal ambiental sob a perspectiva legal<sup>157</sup>.

Vale dizer, efetuar-se-á uma abordagem das leis e dispositivos legais – em vigor ou já revogados - que guardam relação com a específica temática, a fim de demonstrar, ao fim e ao cabo, a consolidação do fenômeno da hipercriminalização, traduzida pela inflação legislativa, no âmbito da tutela penal ambiental.

Nessa linha de intelecção, importa identificar, primeiramente, os correlatos dispositivos legais constantes do Código Penal de 1940, que traduzem a proteção jurídico-penal do meio ambiente. Com efeito, verifica-se a tipificação dos seguintes delitos: dano (artigo 163); dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (artigo 165); alteração de local especialmente protegido (artigo 166); incêndio em lavoura, pastagem, mata ou floresta (artigo 250, § 1º, II, h); explosão (artigo 251); uso de gás tóxico ou asfíxiante (artigo 252); difusão de doença ou praga (artigo 259); envenenamento de água

---

<sup>156</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

<sup>157</sup> Cf. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 21 e 22.

potável ou de substância alimentícia ou medicinal (artigo 270); corrupção ou poluição de água potável (artigo 271).<sup>158</sup>

Em sequência, no que diz respeito à Lei de Contravenções Penais, Alessandra Prado<sup>159</sup> registra que, promulgado o Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, acrescentou-se ao rol de recursos naturais tutelados a *atmosfera*, ao se prever a seguinte infração penal, no bojo do Capítulo III, intitulado “Das contravenções referentes à incolumidade pública”, a saber: *emissão de fumaça, vapor ou gás*, nos termos do artigo 38 do referido diploma legal.

Ainda sobre a Lei das Contravenções Penais e tutela jurídico-penal do meio ambiente, a referida doutrinadora assinala que o “Capítulo IV, ‘Das contravenções referentes à paz pública’, tipifica a perturbação do trabalho ou sossego alheios (art. 42), e o Capítulo VII, ‘Das contravenções relativas à política de costumes’, a crueldade contra animais (art. 64)”.<sup>160</sup>

Em seguida, insta identificar o restante da legislação penal extravagante que congrega a proteção jurídico-penal do meio ambiente; registre-se, por oportuno, que não se pretende, com a identificação do rol de legislações esparsas, esgotar a integralidade dos textos legais que tratam da matéria<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Sobre essa tipificação no bojo do Código Penal, eis o quanto sinalizado pela Professora Doutora Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, *in verbis*: “(...) tipos penais que tutelam os elementos do meio ambiente, em sua maior parte indiretamente, pois em primeiro plano está a proteção da vida, da integridade física, da propriedade e da saúde”. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 43.

<sup>159</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44.

<sup>160</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44.

<sup>161</sup> Diferentemente, com nítido rigor científico, a Professora Doutora Alessandra Prado analisa a legislação penal esparsa, que cuida do meio ambiente, de maneira minudente, nos termos, a seguir, expostos, *in verbis*: “Nos anos 60, três diplomas legais prevêm contravenções penais em relação à flora, à fauna e à pesca. Dessa forma, a Lei nº 4.771, de 15-9-65, institui novo **Código Florestal**, onde estão previstas várias contravenções (art. 26, a a o – 14 alíneas), tais como a destruição ou danificação de floresta de preservação permanente (a), o corte de árvore em floresta de preservação permanente (b), fabricar, vender, transportar ou soltar balões (f); além de dispor sobre quem recai a responsabilidade (art. 29, a a c), como, por exemplo, os autores diretos, arrendatários, gerentes, autoridades que se omitirem ou facilitarem, por consentimento ilegal, na prática do ato; prevê, também, circunstâncias agravantes específicas (art. 31). A Lei nº 5.197, de 3-1-67, substitui o Código de Caça, dispondo sobre a **proteção à fauna**, porém, não melhora muito a precisão dos tipos, quando no art. 27 comina as mesmas

Assim sendo, seguem, a título exemplificativo, os seguintes diplomas legais: Lei nº 4.771, de 15.09.1965 (Código Florestal; modificado pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989; revogado pela Lei nº 12.651/2012, a qual dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências); Lei nº 5.197, de 03.01.1967 (que cuidou da proteção à fauna; fora alterada pela Lei nº 7.653, de 12.02.1988, que criminalizou condutas que configuravam contravenções penais no âmbito do Código de Caça e criou figuras criminosas relacionadas à pesca<sup>162</sup>); Lei nº 6.453, de 17.10.1977 (que dispôs sobre responsabilidade por atos relacionados com

---

penas para todas as condutas, remetendo sua descrição para diversos artigos da própria Lei (arts. 1º, § 2º; 3º; 4º; 8º, *a a c*; 10, *a a m*; 13, parágrafo único; 14, § 3º; 17; 18 e 19), além de estabelecer circunstâncias agravantes (art. 29) e prever sobre quem recai a responsabilidade penal (art. 30, *a a c*). (...) Em 1972, como citado anteriormente, a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano propiciou um grande impulso para que as legislações de alguns Estados, inclusive do Brasil, despertassem para a proteção do meio ambiente. Dessa forma, (...) a Lei nº 6.453, de 17-10-77, dispõe sobre a **responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares** (arts. 19 a 27). A tutela jurídica ao meio ambiente, em sua totalidade, ganha, com a edição da Lei nº 6.938, de 31-8-1981, um marco importante. Dispõe o referido corpo legal sobre a **Política Nacional do Meio Ambiente**, seus afins e mecanismos de formulação e aplicação; reforça a proteção, imprimindo uma concepção preventiva, como se infere dos arts. 9º ao 13; prevendo a utilização da ação civil pública como meio de defesa, obrigando o poluidor a reparar os danos causados, independentemente da existência de culpa – princípio da responsabilidade objetiva (art. 14, § 1º). (...) A **Lei nº 7.347**, de 24-7-85 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, entre outros bens difusos e coletivos, e tipifica como crime a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público (art. 10). (...) Foram editadas, ainda, a Lei nº 7.643, de 18-12-87, que **proíbe a pesca de cetáceo** nas águas jurisdicionais brasileiras, tipificando tal fato como crime, punindo com rigor – reclusão de dois a cinco anos e multa – (art. 2º), e a Lei nº 7.653, de 12-2-88, que **altera a lei de proteção à fauna**, transformando as contravenções em crimes. (...) a Lei nº 7.679, de 23-11-88, que dispõe sobre a **proibição da pesca** de espécies em períodos de reprodução, prevê como crime o fato de a pesca ocorrer mediante a utilização de explosivos, substâncias de efeito semelhante e substâncias tóxicas (art. 8º, que remete ao art. 1º, IV, *a e b*), aumentando o mínimo da pena para três meses e diminuindo o máximo para um ano de reclusão, em relação ao art. 27, § 3º, da Lei nº 5.197/67. (...) Em 1989, a Lei nº 7.802, que dispõe sobre agrotóxicos, seus componentes e afins, prevê dois tipos penais, um se refere à produção, comercialização, transporte, aplicação ou prestação de serviço na aplicação de agrotóxicos (art. 15); o outro, ao ‘empregador, profissional responsável ou prestador de serviço, que deixar de promover as medidas necessárias de proteção à saúde e ao meio ambiente’ (art. 16). No art. 14, atribui-se a responsabilidade penal também as responsabilidades administrativa e civil. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente. Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 45, 46, 48, 49 e 50.

<sup>162</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

atividades nucleares); Lei nº 6.766, de 19.12.1979 (que tratou do parcelamento do solo urbano); Lei nº 6.938, de 31.08.1981 (alterada pela Lei nº 7.804, de 18.07.1989); Lei nº 7.347, de 24.07.1985 (Lei da Ação Civil Pública); Lei nº 7.643, de 18.12.1987 (que dispôs sobre a proibição da pesca de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras); Lei nº 7.679, de 23.11.1988 (que tratou da proibição da pesca de espécies em períodos de reprodução; revogada pela Lei nº 11.959/2009, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras, revoga a Lei nº 7.679, de 23 de novembro de 1988, e dispositivos do Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, e dá outras providências); Lei nº 7.802, de 11.07.1989 (que dispôs sobre agrotóxicos); Lei nº 7.805, de 18.07.1989 (que tratou das atividades de mineração, definindo o crime de realizar trabalhos de extração de substâncias minerais, sem a competente permissão, concessão ou licença, nos termos do artigo 21); Lei nº 8.974, de 05.01.1995 (que estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; revogada pela Lei nº 11.105/2005, a qual regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.).

Ante o quanto exposto, tendo em vista a grande quantidade de leis penais extravagantes que disciplinam a tutela do meio ambiente, verifica-se a consolidação do fenômeno da *hipercriminalização* traduzida pela inflação legislativa correlata à específica temática. Nesse sentido, resta instalada uma incontornável insegurança jurídica, especialmente em razão da dificuldade de se conhecer a integralidade dos correlatos diplomas legislativos.



Sob esta perspectiva, importa registrar que tal realidade, caracterizada pela insegurança jurídica poderia ter sido remediada com o advento da Lei nº 9.605/98. Ocorre que o seu artigo 1º, nos termos consignados no Projeto de Lei nº 1.164/1991 (nº 62/95 no Senado Federal), fora vetado pelo Presidente da República, à época, Fernando Henrique Cardoso; assim, a previsão que restringia à nova lei a tipificação dos crimes contra o meio ambiente não fora sancionada, ou seja, a revogação das infrações penais previstas em outras legislações não fora levada a cabo<sup>163</sup>. Eis o quanto registrado no bojo do arrazoado que subsidiou o veto presidencial, *ad litteram*: “Com o veto, permanecem em vigor as atuais proibições, mesmo que não incluídas nesta Lei”<sup>164</sup>.

Nos termos do artigo 82 da referida legislação, apenas as disposições em contrário ao indigitado diploma legal estarão revogadas, é dizer, os tipos penais previstos nas demais legislações extravagantes, que não confrontarem com as disposições constantes da Lei nº 9.605/98, permanecerão vigentes.

Ante o quanto exposto, constata-se que, apenas e tão-somente, as seguintes legislações esparsas foram revogadas, a saber: Lei nº 4.771, de 15.09.1965, Lei nº 7.679, de 23.11.1988 e Lei nº 8.974, de 05.01.1995. Destarte, verifica-se que o processo de inflação legislativa permanece em crescimento, especialmente por três motivos: I) novas leis penais são confeccionadas para o fim de tutelar o meio ambiente; II) significativa parcela de leis extravagantes permanece em vigor; e III) a nova legislação que revogara a anterior, exemplificativamente a Lei nº 11.105/2005, traz em seu bojo infrações penais correlatas ao objeto temático ora analisado.

Visto isso, para o fim de encerrar a abordagem sobre a tutela jurídico-penal do meio ambiente, tem-se por necessário enfrentar este direito fundamental na condição de bem jurídico-penal, especificamente, a correlata caracterização.

---

<sup>163</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 916.

<sup>164</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/Mensagem\\_Veto/1998/Vep181-98.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/1998/Vep181-98.pdf)>. Acesso em 18/09/2013.

Primeiramente, importa registrar que inúmeros estudiosos da matéria sustentam a necessidade da proteção jurídico-penal ao meio ambiente<sup>165</sup>, inclusive Maria Auxiliadora Minahim<sup>166</sup>, a qual ressalta que a ameaça representada pela forma de vida praticada pela sociedade pós-industrial ao equilíbrio ecológico repercute no Direito Penal, instigando-o a inserir no rol de suas preocupações tradicionais a tutela de bens supraindividuais.

Sob este viés, impõe salientar que, ante o pensamento jurídico moderno, a função precípua do Direito Penal consiste na tutela de interesses (denominados bens jurídicos) fundamentais ao bom e equilibrado convívio social, os quais são selecionados com base nos vetores principiológicos constantes do correlato texto constitucional.<sup>167</sup>

Assim sendo, com base nessa premissa, Luiz Regis Prado salienta que, na atualidade, em decorrência do processo evolutivo caracterizado pela superação do Estado liberal pelo Estado social, percebe-se a assunção de novos deveres, novos riscos e “encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada”. Surgem, nesse contexto, novos bens jurídicos, os quais são denominados por meio das seguintes designações: universais, macrosociais, supraindividuais, ultraindividuais<sup>168</sup>, metaindividuais, transindividuais<sup>169</sup>.

Entre tais bens jurídicos supraindividuais, extrai-se o bem jurídico-penal meio ambiente<sup>170</sup>. Nesse sentido, conforme sustenta Alessandra Prado<sup>171</sup>, com

<sup>165</sup> Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente. Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>166</sup> MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Ciência do direito penal contemporânea; v. 8), p. 210.

<sup>167</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 65 e 66.

<sup>168</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente. Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 66.

<sup>169</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 118 e 119.

<sup>170</sup> Sobre a natureza do bem jurídico posto sob análise, observem-se os pertinentes ensinamentos de Maria Auxiliadora Minahim, a qual preleciona o que segue, *ad litteram*: “Desde quando o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à condição de estado merecedor da proteção penal não se questionou se era possível a renúncia a sua qualidade. É

o desenvolvimento humano (seja pela perspectiva técnica/tecnológica, seja pelo viés econômico/social) surgiram interesses dos indivíduos em relação ao meio ambiente, o qual se tornou um bem valioso em si mesmo, merecedor de maior proteção jurídica, inclusive de tutela penal.

Ao iniciar a abordagem propriamente dita sobre o meio ambiente enquanto bem jurídico-penal, deve ser advertido, primeiramente, que o objeto de proteção (o meio ambiente) padece de uma extensa amplitude semântica, de cariz tipicamente polissêmico. Vale dizer, a expressão meio ambiente possui um caráter poliédrico, polifacético, inter-relacional, multidimensional, assumindo, no âmbito da linguagem jurídica, acepções diversas, eivadas de conteúdo vago e mutável, com contornos peculiares, fluidos e imprecisos<sup>172</sup>.

Sem embargo, conforme fora visto nas linhas passadas, o conceito doutrinário conferido ao meio ambiente, segundo a doutrina, congrega as seguintes dimensões semânticas: *meio ambiente artificial*, constituído pelo espaço urbano construído; *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico; *meio ambiente natural*, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio; e o *meio ambiente do trabalho*, traduzido pelo local onde são desenvolvidas as atividades laborativas humanas, sendo imperiosa a observância às correlatas normas de segurança.

Por outro lado, consoante se observou anteriormente, o caráter inter-relacional da expressão meio ambiente é extraído do entendimento de que o Direito Ambiental apresenta natureza multidisciplinar, uma vez que se relaciona

---

bem verdade que, neste caso, trata-se de bem que tem como característica inerente a si próprio a indivisibilidade razão pela qual é considerado bem jurídico difuso, assim o sujeito que sofre os efeitos da ação delituosa não é determinado nem tem personalidade jurídica". MINAHIM, Maria Auxiliadora. *O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis*. In Revista do CEPEJ, v. 1 – 1988. – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008, p. 72.

<sup>171</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente. Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 60.

<sup>172</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 121 e 122.

com outras áreas do conhecimento científico (química, biologia etc.) para fins de embasar, tecnicamente, a tutela jurídica do referido bem.

Verificada essa estrutura conceitual, importante, nesse momento, analisar o conceito de meio ambiente na seara doutrinária penal, valendo-se das seguintes concepções: globalista; restrita; e intermediária.

Em síntese, é preciso esclarecer que a perspectiva globalista, com base na Comissão Econômica Européia de 1972, traduz um enfoque amplo, que diz respeito à questão ambiental geral, ou seja, aos recursos naturais e a correlata interatividade com as atividades humanas. Nesse sentido, é cabível a observação de que tal concepção se coaduna com o conceito doutrinário de meio ambiente anteriormente delineado, pelo qual o indigitado objeto de proteção é encarado sob um viés pluridimensional (artificial, cultural, natural e laboral). Em relação à concepção restrita, o meio ambiente é vislumbrado enquanto um conjunto de elementos naturais (água e ar) apenas, desconsiderando até mesmo o solo e os ruídos provenientes do entorno físico. E por último, tem-se a concepção intermediária<sup>173</sup>, pela qual o meio ambiente é conceituado como entidade natural, composto pelos seguintes elementos naturais: água, ar, solo, fauna, flora e o conteúdo da interatividade homem-meio, afastando-se de seu conteúdo as questões urbanísticas e territorial.<sup>174</sup>

Visto isso, tem-se por necessário esclarecer que as duas primeiras concepções (globalista e restrita) são consideradas inapropriadas para conferir conteúdo ao meio ambiente na seara jurídico-penal: seja pela amplitude semântica que inviabiliza a necessária delimitação dos contornos linguísticos

---

<sup>173</sup> De acordo com Luiz Regis Prado, é aceita “como correta – especialmente apta em sede penal – a concepção intermediária, isto é, fundamentalmente física ou biológica e moderado antropocentrismo, em que tanto cada um dos elementos naturais como o conjunto por eles formado constituem ambiente (sendo parte dele a natureza, com os elementos água, ar, solo, a fauna e a flora e o conteúdo da relação homem-meio). (...) Dessa forma, coloca-se de lado toda a problemática urbanística e do patrimônio cultural e artístico, por exemplo, evitando a criação de um macroconceito, e sendo fixado, em termos jurídicos, o estritamente ambiental. É de caráter dinâmico, visto que seus elementos integradores se relacionam entre si, e com outros fatores ambientais”. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 126 e 127.

<sup>174</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente. Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 72 e 73.

do meio ambiente (referência à perspectiva globalista), seja pelo reducionismo semântico que não assegura uma adequada proteção ao bem jurídico meio ambiente (concernente à concepção restrita). Destarte, elegeu-se a concepção intermediária para estabelecer os limites conceituais do meio ambiente, em razão da compatibilidade com a Ciência do Direito Penal contemporânea.

Nessa linha de inteligência, confira-se o quanto sustenta Luiz Regis Prado acerca da questão acima delineada:

“No entanto, convém ponderar que as correntes expostas (global e restrita) são em especial no campo penal insuficientes e nem sequer dominantes. Pelo contrário, entre a extrema generalidade da primeira e o reduzido âmbito da segunda, é preferível uma orientação intermediária do conceito de ambiente. Isso porque as formulações demasiadamente extensas têm caráter meramente indicativo ou programático, o que inviabiliza a elaboração de objetivos concretos com rigor lógico-jurídico essenciais à estruturação do sistema normativo penal. De outro lado, a visão antagônica – de cunho reducionista – não garante suficiente proteção do bem jurídico, nem se harmoniza à sua noção constitucional”.<sup>175</sup>

Diante do quanto exposto, verifica-se que, ante a extensa amplitude semântica da expressão meio ambiente, enxergou-se na adoção da concepção intermediária a possibilidade de compatibilizar a tutela penal com a proteção jurídica do referido bem transindividual.

Ocorre que é necessário verificar se tal estrutura conceitual (intermediária) possibilita a proteção jurídico-penal do meio ambiente nos quadros de um ordenamento jurídico de cariz nitidamente garantista. Vale dizer, é necessário que seja verificada a possibilidade de compatibilizar a proteção daquele bem jurídico – cuja expressão linguística significativa possui caráter multidimensional, cujos contornos são fluidos e imprecisos – no âmbito penal garantista, orientado pelo princípio da legalidade estrita, pelo qual a

---

<sup>175</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 125.

taxatividade da intervenção penal mínima não deve se esbarrar em expressões e termos vagos e indeterminados.

No entanto, não é o momento de efetuar tal verificação, tampouco estabelecer se a tutela jurídico-penal do meio ambiente é ilegítima, ou não, nos quadros da Teoria do Garantismo Penal. A correlata análise, já municiada com as informações extraídas do presente tópico, será processada nas linhas subsequentes, especificamente em capítulo próprio (especificamente, conferir tópico 5.3 *infra*), no qual será enfrentada a questão da ilegitimidade da Tutela Penal do Meio Ambiente.

#### **4.2 Do Direito Penal Clássico ao Direito Penal Moderno: A Tutela Penal Ambiental**

Primeiramente, tem-se por necessário esclarecer que, ao tempo em que fora abordada a tutela penal ambiental, não seria recomendável olvidar a temática concernente ao Direito Penal Contemporâneo, a qual, por sua vez, perpassa discussões sobre Direito Penal Clássico, Direito Penal Moderno, Tutela Penal de Interesses Difusos, dentre outros pontos relevantes. E essa passagem se faz necessária aqui, para o fim de evitar pré-juízos quanto à construção teórica a que se pretende alcançar com o desenvolvimento do presente trabalho, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista.

Em uma primeira aproximação desta específica temática, torna-se oportuno distinguir as expressões designativas de construções teóricas, arquitetadas sob determinado contexto histórico-cultural, concernentes ao Direito Penal, quais sejam: Direito Penal Clássico e Direito Penal Moderno.

O Direito Penal Clássico, segundo sustenta Olga Lucía Gaitán García<sup>176</sup>, consiste em um instrumento de controle social formal de natureza garantista, sendo que sua correlata intervenção deve ser caracterizada, além

---

<sup>176</sup> GARCÍA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 34.

de mínima, enquanto *ultima ratio*. Nesse sentido, pontua que o Direito Penal Clássico é composto por instrumentos jurídico-penais norteados pelas proposições advindas da filosofia da Ilustração e pelas orientações de cariz garantista, ou seja, marcadas pelo limite do princípio da legalidade estrita e pela intervenção penal mínima.

Ao tratar do Direito Penal da Ilustração, Luis Gracia Martín<sup>177</sup> salienta que os princípios correlatos a este modelo são encarados como o produto resultante das formulações teóricas advindas do ideário político construído naquele momento histórico, do período da Ilustração. E vai além: sob o viés da nomenclatura a ser utilizada, o referido doutrinador sustenta que, ao revés de Direito Penal Clássico, a denominação mais apropriada, para se referir ao modelo penal da Ilustração, seria *Direito penal liberal*, uma vez que desfruta, estreme de dúvidas, da propriedade de ser “*portadora de uma exatidão integral, pois a mesma evoca imediatamente o contexto sócio-político no qual se deram as condições que possibilitaram aquele modelo penal e não outro distinto*”<sup>178</sup>. Apesar da pertinente justificativa apontada pelo referido doutrinador, para efeito neste trabalho, a expressão designativa a ser utilizada será Direito Penal Clássico, cujas características devem ser enfrentadas nas linhas subsequentes.

De acordo com Olga Lucía Gaitán García<sup>179</sup> e levando em consideração os limites temáticos traçados no presente trabalho, os elementos característicos deste modelo de Direito Penal são os seguintes: princípio do bem jurídico e formalização dos instrumentos penais. Segundo o referido princípio, a intervenção jurídico-penal somente se justifica, enquanto instrumento formal de controle social, quando for acionada para tutelar os

---

<sup>177</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do Professor Doutor Bernd Shünemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 38.

<sup>178</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do Professor Doutor Bernd Shünemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 42.

<sup>179</sup> GARCÍA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 42.

interesses humanos mais elementares (primários da pessoa; exemplificativamente: vida, propriedade, saúde, entre outros, os quais compõem o rol específico dos bens jurídicos individuais), nos casos em que outros instrumentos mais inofensivos (Direito Civil, Administrativo) não forem suficientes para efetivar a proteção (tradução da *ultima ratio*).

No que diz respeito à formalização dos instrumentos penais, tem-se por necessário salientar que tal característica do Direito Penal Clássico possui estreita relação com os mencionados pilares do garantismo penal (*vide* tópico 2.3 *supra*), a saber: legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade.

Com efeito, sob a perspectiva do referido modelo, os limites da intervenção jurídico-penal devem ser certos, claros e determinados para o fim de assegurar os direitos dos indivíduos, seja o cidadão que necessita ver esclarecida a nítida distinção entre o lícito e o ilícito, seja o desviante, cujas garantias precisam ser observadas no decorrer da persecução criminal. Assim, em relação ao primeiro viés, busca-se a efetivação do princípio da legalidade estrita enquanto mandato de certeza das definições legais de crime (tradução da taxatividade). Com referência à segunda necessidade, verifica-se a importância de ser observada a estrita jurisdicionariedade, traduzida pelo princípio do devido processo e seus corolários principiológicos correlatos.

Nesse sentido, confira o quanto prelecionado por Olga Lucía Gaitán García, a seguir transcrito:

“A formalização tem, então, uma dupla dimensão: é, por um lado, limite à intervenção estatal e, por outro, garantia aos associados. A intervenção penal recebe legitimação de seu caráter formal, pois este supõe que os direitos dos indivíduos são o ponto de referência a partir do qual é possível conceber e criar direito penal. Nesse contexto são entendidos os princípios penais consagrados nas normas, tais como o devido processo, o *in dubio pro reo*, o princípio da proporcionalidade e o já mencionado da subsidiariedade”.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> GARCÍA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 42.



Analizadas essas características atinentes ao Direito Penal Clássico, eis que é alcançado o momento no qual é devido registrar que, em razão dos limites impostos por estes elementos à própria intervenção penal - a exemplo da proteção de bens jurídicos individuais -, determinado setor doutrinário passou a sustentar a necessidade de se enfrentar o surgimento do Direito Penal Moderno; é o caso, por exemplo, do doutrinador Luis Gracia Martín, cujo pensamento será abordado nas linhas subsequentes.

Com efeito, com base no quanto sustentado por Gracia Martín<sup>181</sup>, foram desenvolvidas argumentações favoráveis à legitimação da assunção pelo Direito Penal de novos conteúdos (v.g., tutela de interesses difusos), ou de sua extensão a novos âmbitos (v.g., tutela penal ambiental) que não poderiam ser assimilados pelo Direito Penal Clássico. Assim sendo, segundo o referido doutrinador, o discurso crítico ou de resistência à modernização do Direito Penal deve ser rechaçado, pois seria insustentável e inaceitável do ponto de vista histórico-material das exigências éticas e políticas dos tempos atuais.

No entanto, conforme sustentado por abalizado setor doutrinário, as exigências éticas e políticas dos tempos atuais não podem servir de justificativa para a desestabilização do vetor principiológico da segurança jurídica. Isso porque, com o surgimento do Direito Penal Moderno e a correlata proteção penal difusa a bens jurídicos coletivos, universais ou supraindividuais, ocorreria o esfacelamento de princípios penais de cariz garantista, a exemplo da legalidade estrita e da subsidiariedade. Nesse sentido, eis o quanto sustentado por Olga Lucía Gaitán García, *in verbis*:

“As características comuns a esses novos bens jurídicos são sua generalidade, sua universalidade e a forma vaga e incerta em que aparecem formulados, de maneira que qualquer comportamento pode caber neles. Parece que as condições do mundo moderno são tais que se faz necessário apenas qualquer risco, problema, conflito ou função. No direito penal

---

<sup>181</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do Professor Doutor Bernd Shünemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 33 e 41.

de hoje, existem poucos comportamentos que não merecem sanção penal. É a proteção penal difusa”.<sup>182</sup>

Estabelecidos os posicionamentos diametralmente opostos, deve ser frisado que, por respeitar o encadeamento lógico das formulações teóricas, não é o momento de se discutir tal problemática, e sim de caracterizar o Direito Penal Moderno para, a partir de então, discorrer sobre seus desdobramentos.

Assim sendo, é oportuno sinalizar que o Direito Penal Moderno deve ser enfrentado sob duas perspectivas: no âmbito formal e no sentido material. Em linhas gerais, o Direito Penal Moderno Formal traduz o novo formato da legislação penal atual, caracterizada pela hipercriminalização e pelo rigor punitivo.

Nesse sentido, valendo-se dos dizeres de Luis Gracia Martín, tem-se por Direito Penal Moderno sob o viés formal:

“o conjunto integrado pelas novas figuras delitivas acrescentadas às legislações penais e pelas modificações – ou agravações – das tradicionais, com o fim, em qualquer caso, de estender a intervenção penal a condutas e a âmbitos da realidade social presente que estavam isentos de punição no sistema tradicional da Parte Especial, ou, conforme o caso, para dispensar a determinados fatos tradicionalmente puníveis um tratamento penal mais severo quando concorrerem determinadas circunstâncias às quais se atribui um significado especialmente relevante do ponto de vista penal”.<sup>183</sup>

Já no sentido material, o Direito Penal Moderno é, segundo o setor crítico da doutrina, encarado como modelo que representa a ruptura com a estrutura principiológica de cariz garantista, especialmente em face do princípio da intervenção penal mínima juntamente com seus corolários principiológicos: princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade.

---

<sup>182</sup> GARCÍA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 45.

<sup>183</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do Professor Doutor Bernd Shünemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, pp. 33 e 41.

Com efeito, haja vista que o referido modelo se coaduna com a expansão do Direito Penal - seja representada pela inflação legislativa de natureza penal, seja porque se ampliou o rol de bens jurídicos -, o Direito Penal Moderno está posicionado em pólo diametralmente oposto ao princípio da intervenção mínima.

E sob uma leitura baseada no contraste com os referidos corolários principiológicos, percebe-se que, quanto maior for o número de bens jurídicos tutelados, o caráter fragmentário da intervenção penal será esfacelado. E quanto mais amplo o rol dos interesses protegidos pelo aparato jurídico-penal e tanto maior for a quantidade das hipóteses de incidência da norma penal, este modelo representará a banalização da intervenção, deixando de ser a última para figurar na condição de única instância de controle social formal.

Para fins de corroborar o quanto salientado nas linhas pretéritas, confirmam-se os registros efetuados por Gracia Martín:

“Para o setor crítico da doutrina, o Direito penal atual seria realmente moderno porque, a seu ver, o mesmo se desviaria de modo relevante de certos princípios fundamentais do Direito penal liberal, e porque, por isso mesmo, representaria uma ruptura substancial com este último. A tese da crítica poderia ser resumida no seguinte enunciado: o Direito penal atual possui um caráter antigarantista; pois aquilo que realmente o torna moderno é justamente sua ruptura com as garantias penais do mundo liberal [a exemplo do caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal]”.<sup>184</sup>

Visto isso, torna-se imperioso discorrer sobre o ambiente apropriado, propiciado pelo Direito Penal Moderno, para o surgimento da tutela penal ambiental, especialmente pela ampliação do rol dos interesses protegidos pelo aparato jurídico-penal, e, por conseguinte, a inclusão dos bens jurídicos coletivos, universais ou supraindividuais.

Para fins de acompanhar o efeito expansivo que incidiu sobre o Direito Penal, torna-se necessário empreender uma prévia digressão teórica acerca da

---

<sup>184</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do Professor Doutor Bernd Shünemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 91.

evolução dos direitos fundamentais. Isso porque, conforme sustenta Luciano Feldens<sup>185</sup>, na senda evolutiva dos fatos sociais, o sistema jurídico – leia-se: direito positivo, acompanhado da doutrina e da jurisprudência – vem, paulatinamente, acolhendo novas ordens de direitos, o que desemboca em uma concepção que enxerga a intervenção penal ampliada, ou seja, desde a proteção a direitos individuais à tutela de interesses coletivos e difusos.

Previamente, tem-se por necessário esclarecer que, ao enfrentar a evolução dos direitos fundamentais, discute-se sobre a disputa terminológica entre *geração* e *dimensão*, ou seja, se os direitos são de primeira, segunda, terceira ou quarta geração ou dimensão; isso a depender do momento histórico-político-cultural em que, segundo a consciência ética coletiva, o direito for atrelado e reconhecido como tal.

No presente trabalho, será utilizada a terminologia *dimensão*, seguindo sinalização efetuada por Ingo Wolfgang Sarlet, o qual sustenta o seguinte:

“(...) não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais”.<sup>186</sup>

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, herança do pensamento liberal da Ilustração (século XVIII), são marcados pelo pensamento individualista, sendo assumida uma postura de defesa da autonomia individual em face do Estado por meio das garantias negativas<sup>187</sup>, pelas quais o indivíduo teria liberdade para exercer seus direitos à vida, à propriedade, perante o Poder Estatal.

---

<sup>185</sup> FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco: por uma legitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27.

<sup>186</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47.

<sup>187</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56.

Em relação aos direitos fundamentais de segunda dimensão, estes surgiram no seio do Estado Social (século XX), compreendendo os direitos sociais, econômicos e culturais, caracterizados por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como a saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras; e animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas que deterioram a dignidade humana<sup>188</sup>.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, enquanto componentes da herança democrática, traduzem a preocupação não mais exclusivamente individual, e sim em face do coletivo, do grupo e, em última análise, da sociedade. Esses direitos fundamentais são denominados coletivos ou difusos e apontam para a efetivação da paz social, preservação do meio ambiente, alcance de qualidade de vida, em nítida preocupação em promover a fraternidade e a solidariedade entre os povos, a fim de assegurar o desenvolvimento das gerações futuras<sup>189</sup>.

E por último, mas não menos importante, importante discorrer sobre os direitos fundamentais de quarta dimensão, os quais traduzem os direitos à democracia direta/globalizada, ao pluralismo, à informação, contra manipulações genéticas, à mudança de sexo e, em geral, os relacionados à biotecnologia<sup>190</sup>.

Em virtude do processo histórico de cumulação/complementariedade e reconhecimento progressivo de direitos fundamentais individuais e difusos, bem assim pela correlata consagração no Texto Constitucional, há setor doutrinário que defende a elasticidade da intervenção penal para fins de tutelar interesses difusos, universais ou supraindividuais. Nesse sentido, eis o quanto sustentado por Luciano Feldens:

---

<sup>188</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009, pp. 586 e 587.

<sup>189</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 56.

<sup>190</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009, pp. 592 e 593.

“Ao Direito Penal, nessa perspectiva, reserva-se uma missão de inquestionável relevância, voltada à conferência de especial proteção a essas objetividades que, alçadas ao plano constitucional – circunstância a já denotar a sua essencialidade -, carregam consigo a nota da transindividualidade: os direitos e interesses coletivos e difusos, os quais a partir de sua incorporação pelo sistema jurídico-penal, se habilitariam a ser categorizados, também, como bens jurídicos coletivos e difusos”.<sup>191</sup>

Em sentido semelhante, Maria Luiza Schäfer Streck sustenta que a Constituição, ao assumir uma função compromissória e dirigente, preocupada em construir uma sociedade solidária com a redução das desigualdades sociais, não pode reduzir o rol dos bens jurídicos postos sob tutela penal a uma perspectiva individualista. E vai além, ressaltando que a Constituição, além de ser a responsável por eleger os bens jurídicos dignos de proteção penal, deve direcionar a dogmática penal para uma compreensão supraindividual do direito<sup>192</sup>.

Sob a compreensão supraindividual do Direito Penal, ou seja, ao reconhecer que o rol de bens jurídicos postos sob a correlata tutela é composto por interesses difusos, há necessidade de apontar a inclusão do meio ambiente, enquanto interesse supraindividual e alçado à condição de direito fundamental de terceira dimensão, no conteúdo da intervenção jurídico-penal (*vide* tópico 4.1 *supra*).

Assim, em razão da crescente preocupação com a “questão ambiental”, proveniente do posicionamento intelectual oposto à desenfreada devastação dos recursos naturais em todo o planeta<sup>193</sup>, o meio ambiente, inserido no discurso jurídico, e posteriormente em diversos textos constitucionais, passou a ocupar o rol dos bens jurídicos postos sob a tutela penal.

---

<sup>191</sup> FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco: por uma legitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31.

<sup>192</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

<sup>193</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 163.

Ante o quanto exposto, verifica-se que, de fato, o Direito Penal Moderno consubstanciou terreno fértil para o surgimento da tutela penal ambiental, especialmente por se compatibilizar com a expansão da intervenção jurídico-penal, retratada pela proteção jurídico-penal de bens jurídicos supraindividuais.

Nessa mesma linha, ao tratar do Direito Penal Moderno, Gracia Martín salienta que o Direito Penal Ambiental “*não só é o setor por excelência do Direito penal moderno, como também representa o campo no qual se desenvolve de modo preferente e especialmente intenso a polêmica atual sobre a modernização do Direito penal*”.<sup>194</sup>

Sob esta perspectiva, importa esclarecer que, apesar da existência de contundente construção doutrinária contrária ao Direito Penal Moderno, especialmente sob sua perspectiva material anteriormente sinalizada, o objeto temático do presente trabalho não irá circunscrever a crítica dirigida ao referido modelo penal.

Vale dizer, muito embora o denominado Direito Penal Moderno constitua um modelo penal que representa uma ruptura com a estrutura principiológica de cariz garantista, não será essa a tônica do presente trabalho, ou seja, não será hasteada uma bandeira contrária, pura e simplesmente, à modernização da intervenção penal e, por conseguinte, à tutela penal de bens jurídicos transindividuais.

No entanto, por óbvio que a crítica à banalizada expansão da intervenção penal – desdobramento do modelo de Direito Penal Moderno -, bem assim a defesa ao princípio da intervenção penal mínima juntamente com seus corolários principiológicos (caráter fragmentário e subsidiariedade) serão objeto do presente trabalho.

---

<sup>194</sup> GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do Professor Doutor Bernd Shünemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 60.

Isso porque, em que pese tantas mudanças a desencadear o processo de modernização do Direito Penal, não se pode olvidar que a intervenção jurídico-penal possui a função de servir de tutela (subsidiária) de bens jurídicos em um modelo de Estado Democrático de Direito, cuja preocupação deve ser a de preservar direitos e liberdades fundamentais.<sup>195</sup>

Diante do quanto exposto, com base na construção teórica extraída do presente tópico, é alcançado o momento de ser verificada a ilegitimidade da tutela penal do bem jurídico meio ambiente nos quadros da Teoria do Garantismo Penal, conforme formulações teóricas desenvolvidas no próximo capítulo.

---

<sup>195</sup> STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.



## 5. A ILEGITIMIDADE DA TUTELA JURÍDICO-PENAL DO MEIO AMBIENTE

No presente capítulo, será empreendida a verificação científica, considerando os aportes teórico-filosóficos acerca da legitimidade garantista e demais desdobramentos técnico-jurídicos provenientes das premissas estabelecidas a partir do referencial teórico selecionado, acerca da ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal.

### 5.1 Intervenção Penal Mínima e Tutela Jurídico-Penal do Meio Ambiente: Esfacelamento do Princípio Constitucional da Subsidiariedade (*Ultima Ratio*)

Primeiramente, antes de iniciar o estudo acerca da específica temática posta sob exame, tem-se por necessário ressaltar que o sistema jurídico-penal, assentado em um Texto Constitucional de cariz garantista (*vide* tópico 3.2 *supra*), possui, no bojo de seu arcabouço principiológico, o vetor normativo da intervenção mínima.

Isso porque, conforme já demonstrado anteriormente (*vide* tópico 3.3 *supra*), o Garantismo Penal, encarado como uma estrutura de garantias aptas a tutelar e satisfazer direitos fundamentais, mantém relacionamento de compatibilidade epistêmica com o modelo de direito penal mínimo e, por conseguinte, com os seus desdobramentos teóricos, inclusive e especificamente em relação à intervenção penal mínima.

Efetuada a necessária demonstração de que há aderência temática entre o objeto de estudo do presente tópico e o referencial teórico (*Cf.* tópico 5.3 *infra*) selecionado para lastrear o desenvolvimento da construção teórica neste trabalho, passa-se a enfrentar o esfacelamento do princípio constitucional da subsidiariedade no âmbito da tutela jurídico-penal ambiental.

Em sequência, insta consignar que a intervenção penal, em decorrência da natureza traumática da seara punitiva, a qual retrata a forma mais drástica de controle social formal por parte do Estado frente aos ilícitos, necessita ser, portanto, fragmentária e subsidiária.

A fragmentariedade do Direito Penal consiste em direcionar a intervenção penal somente em relação aos bens jurídicos essenciais ao bom e equilibrado convívio social, quando atacados de forma efetivamente capaz de ensejar uma lesão. Vale dizer, a fragmentariedade orienta o Direito Penal a intervir, apenas e tão-somente, diante de ataques especialmente graves a bens jurídicos fundamentais, que ostentem grande relevância social.

No que diz respeito à fragmentariedade do Direito Penal, observe-se a lição exposta por Cezar Roberto Bitencourt referente à temática suscitada, a seguir transcrita:

“A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal. Nem todas as ações que lesionam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, como nem todos os bens jurídicos são por ele protegidos. O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica”.<sup>196</sup>

A subsidiariedade, por sua vez, sinaliza que a intervenção penal somente restará autorizada quando os outros ramos do Direito não solucionarem, de maneira satisfatória, o conflito, devendo ser, por conseguinte, o Direito Penal a última conseqüência jurídica a ser utilizada, quando verdadeiramente necessário. De fato, o caráter subsidiário do Direito Penal o coloca numa posição de *ultima ratio* frente aos sistemas de controle social formal. É dizer, caso outros ramos do ordenamento jurídico se apresentem como forma de controle suficiente e, por conseqüência, mais idôneos (e menos invasivos!) para a tutela de determinado bem jurídico, não se deve decerto socorrer-se do Direito Penal para o atendimento desta finalidade.

Acerca da subsidiariedade do Direito Penal, seria ininteligível não recordar os ensinamentos de Nilo Batista, os quais seguem transcritos nas linhas abaixo:

---

<sup>196</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 01*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

A subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como “remédio sancionador extremo”, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá “unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”.<sup>197</sup>

Consoante as lições de CLAUS ROXIN, o Direito Penal é subsidiário, é dizer, não deve interferir senão em situações extremas, em que não há outra solução para a resolução do conflito. É, por assim dizer, a *ultima ratio* do controle social. E este dado é sobremaneira importante, pois, da sua análise conjugada com a natureza do Estado nascem as condições de limitação à intervenção penal. Eis a transcrição do que pontifica o referido doutrinador:

“O direito penal é de natureza subsidiária. Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”.<sup>198</sup>

Pois bem, é exatamente sob este viés – a subsidiariedade da intervenção penal – que será verificada, neste tópico, a necessidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente. Isto porque as medidas repressivas, referentes à proibição das condutas contra o meio ambiente, não se esgotam nas de caráter penal. Pelo contrário, existem normas desta categoria tanto na seara administrativa, quanto na cível, dotadas de perfeita idoneidade para conter a devastação ambiental proveniente das atividades humanas.

Nesse sentido, apesar de apontar as ressalvas que constituem o seu entendimento de que há necessidade de tutela penal ambiental nas hipóteses de danos mais graves, Alessandra Prado efetua o seguinte registro, o qual é digno de nota:

---

<sup>197</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 86-87.

<sup>198</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, p. 28.

“O fato é que a disciplina administrativa é a mais indicada, e, por isso, deve ser a principal forma de tutela do meio ambiente, pois possibilita de forma mais efetiva a prevenção e precaução de lesões, e mesmo suas sanções têm importância nesse sentido. Lembrando o que foi dito acima, o direito administrativo, além da multa, impõe várias outras sanções às pessoas jurídicas (e também às pessoas físicas), que podem ser até mais eficazes no que diz respeito à proteção do meio ambiente, como por exemplo: cancelamento de autorização, registro ou licença; condenação do produto; interdição de atividade ou de utilização incompatível com os usos permissivos; interdição, temporária ou definitiva, do estabelecimento; obrigação de reparar os danos que houver causado, entre outras”.<sup>199</sup>

Ocorre que, muito embora a intervenção jurídica não penal seja dotada de indiscutível idoneidade para enfrentar as práticas atentatórias ao meio ambiente, o legislador pátrio assumiu diretiva diametralmente contrária ao arcabouço principiológico garantista (perfil detectado no bojo da Constituição Federal de 1988), ou seja, optou por criminalizar as infrações ambientais, atendendo aos anseios advindos da complexa sociedade democrática.

Com efeito, a criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente consubstancia reflexo de um contexto social caracterizado pela interferência dos riscos (sociedade de riscos<sup>200-201</sup>), no qual o constituinte originário de 1988 ressaltou a prevenção do risco do dano ambiental<sup>202</sup>. Entretanto, essa tentativa de inviabilizar a ocorrência dos riscos, mediante uma

---

<sup>199</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 89.

<sup>200</sup> Em respeito aos limites epistemológicos que circunscrevem o específico objeto de estudo deste trabalho, não será efetuada incursão teórica acerca de tal temática, cuja complexidade e extensão de conteúdo não autorizam abordagens superficiais.

<sup>201</sup> Sob a perspectiva jurídico-penal, Luis Gracia Martin pontua o seguinte, *in verbis*: “Um primeiro âmbito do Direito penal moderno estaria constituído por um grupo de tipos delitivos com um conteúdo de injusto relativamente homogêneo em virtude do dado comum de que em todos eles se constata a realização de condutas que representariam apenas, no máximo, um simples e mero perigo abstrato para bens jurídicos principalmente individuais. Para um setor da doutrina, este âmbito particular do Direito penal moderno seria consequência do modo político pelo qual o estado do presente resolve afrontar os conflitos sociais característicos da dinâmica da sociedade moderna, que é compreendida e explicada como uma ‘sociedade de riscos’. O Direito penal moderno seria aquele próprio e característico da ‘sociedade de riscos’”. GRACIA MARTÍNS, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Tradução: Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 47/48.

<sup>202</sup> Acerca da relação existente entre a ‘sociedade de riscos’ e a preservação do meio ambiente, conferir PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de poluição: uma resposta do direito penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 26.

prevenção de natureza criminal, não reflete a postura que deve assumir o Direito Penal Constitucional - alheio a uma expansão<sup>203</sup> temerária - perante o atual Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais.

Nesse ponto, é cabível uma observação quanto à expansão do Direito Penal, especificamente na seara ambiental e com referência às produções legislativas de cunho expansivo, as quais são orientadas por uma política criminal contemporânea que vem, progressivamente, abandonando a postura apoiada em considerações principiológicas, enveredando-se por uma diretiva constituída de considerações de eficiência e utilidade social<sup>204</sup>. Com efeito, conforme fora visto em capítulo anterior (*vide* tópico 4.1 *supra*), a grande quantidade de leis penais extravagantes em vigor, que disciplinam a tutela do meio ambiente, consubstanciam a consolidação do fenômeno da *hipercriminalização*<sup>205</sup>, traduzida pela inflação legislativa correlata à específica temática. Tal conjuntura propicia a instalação de uma incontornável insegurança jurídica, especialmente em razão da dificuldade de se conhecer a integralidade dos correlatos diplomas legislativos, contrariando, assim, vetor principiológico elementar da Teoria do Garantismo Penal.

Em seguida, registre-se que, ao extravasar os limites de uma intervenção penal mínima, o constituinte originário de 1988, de fato, assumiu posicionamento contrário à opção constitucional, conquanto implícita, de se valer do Direito Penal somente em casos excepcionais, ou seja, apenas em *ultima ratio*. Confira-se, em razão da pertinência, o que pontua Luiz Luisi acerca do implícito princípio constitucional da intervenção penal mínima e, conseqüentemente, do seu corolário principiológico da subsidiariedade:

---

<sup>203</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 28/30. Especificamente sob o viés do Direito Penal Ambiental, conferir FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBBCRIM, 2008, pp. 99/104.

<sup>204</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBBCRIM, 2008, p. 103.

<sup>205</sup> Gérson Pereira dos Santos, ao tratar do fenômeno da hipercriminalização, pontifica que a incriminação torna-se um fim em si mesmo. SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p.42.

“A constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade (artigo 5º caput), e põe como fundamento do nosso Estado democrático de direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social. Destarte, embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da nossa Grundnorm, tratando-se de um postulado nela inequivocamente implícito”.<sup>206</sup>

Sem embargo, a partir de uma interpretação lógico-sistemática e teleológica da Constituição Federal pátria, percebe-se que a opção política assumida, no Texto Constitucional pátrio, conduz à inelutável conclusão de que fora proposto um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo), nos termos da concepção utilitarista norteadora do referencial teórico garantista (*vide capítulo 02 supra*).

Diferentemente do que sustenta Luiz Regis Prado<sup>207</sup>, a norma constitucional concernente à proteção do meio ambiente (artigo 225, § 3º, CF), ao revés de impor ao legislador ordinário a construção de um verdadeiro sistema normativo penal, corporifica, sim, uma opção dada no sentido de possibilitar a criminalização das infrações contra o meio ambiente.

Com efeito, o legislador ordinário não está, necessariamente, obrigado a confeccionar legislação infraconstitucional concernente à tipificação penal das condutas atentatórias ao meio ambiente. Neste sentido, são esclarecedores os dizeres de Janaina Conceição Paschoal, cuja transcrição segue abaixo:

“Assumir que o constituinte já avalia o merecimento e a necessidade da tutela penal, estando, portanto, o legislador obrigado a criminalizar, significa voltar as costas ao necessário

---

<sup>206</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 40.

<sup>207</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

caráter material da lei e da própria Constituição, importando ainda a desconsideração dos princípios informadores do Direito Penal mínimo, que, em última instância, pauta-se na necessidade efetiva e não meramente formal da tutela penal”<sup>208</sup>.

Assim sendo, percebe-se que a criminalização das práticas atentatórias ao meio ambiente, opondo-se ao referencial teórico garantista, ignora a moderna doutrina jurídico-penal que afasta toda e qualquer intervenção do *jus puniendi* desnecessária, não podendo o Direito Penal vir a reprimir determinadas infrações, para as quais sejam reconhecidos outros meios de controle social aptos à realização da mencionada proteção<sup>209</sup>.

Nesse ponto, ao tratar do descompasso existente entre a produção legislativa em matéria penal e a correlata doutrina jurídico-penal, José de Faria Costa pontua o seguinte:

“Na verdade, se se defende – e bem, acrescente-se, sublinhando – que o direito penal deve assumir, sem problemas, esse papel de derradeiro interveniente, porque só assim se realiza em total autenticidade, então como perceber essa contínua exigência, vá-se lá saber vinda de que instância, de solidificar novas áreas da incriminação, novos “direitos” penais? [...] A doutrina e o pensamento penais continuam a afirmar a importância do axioma da *ultima ratio* para um bom, racional e justo funcionamento do ordenamento penal. Todavia, repete-se, tais motes de razoabilidade parecem resvalar na total indiferença das entidades legiferantes. Porquê? Porque a política criminal se faz ao sabor das circunstâncias que a

---

<sup>208</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

<sup>209</sup> Nessa mesma linha de intelecção, confirmam-se os dizeres de Sebastián Borges de Albuquerque Mello, *in verbis*: “O Direito Penal é um mal, e, mesmo considerado como necessário, não deixa de ser um mal. Pondera Roxin que o Direito Penal submete numerosos cidadãos a medidas extremamente graves do ponto de vista social e psíquico, estigmatizando o condenado e o conduzindo à exclusão social, que são, em tese, incompatíveis com um Estado Social de Direito, de modo que seria melhor que os benefícios trazidos pelo Direito Penal pudessem ser obtidos por meios menos onerosos. A intervenção punitiva atinge e priva o homem de direitos fundamentais, de modo que a intervenção mínima realiza a dignidade humana, na medida em que diante de dois meios igualmente eficazes para se atingir determinado fim, deve ser escolhido aquele que tenha a menor interferência possível nos direitos fundamentais, e, por consequência, na dignidade humana”. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 81.

política sem rasgo e mediana vai construindo para a gestão do quotidiano”.<sup>210</sup>

Com efeito, corroborando o quanto sustentado por Faria Costa, Suxberger<sup>211</sup> salienta que a recente produção legislativa penal no Brasil “parece carecer de qualquer racionalidade. [...] o direito penal brasileiro tem passado de *ultima ratio* a *prima ratio*, efetuando a construção de verdadeiras ignomínias, motivadoras de grandes embates doutrinários e jurisprudenciais”, como sói ocorrer no caso da criminalidade ambiental.

Em sequência, torna-se imperioso reiterar – considerando a opção constitucional por uma criminalização mínima, bem assim pela necessária compatibilidade que deve existir entre Estado Democrático de Direito e o referencial teórico garantista – que a tutela penal do bem jurídico ‘meio ambiente’ traduz uma manifesta dissonância frente ao princípio da intervenção mínima, especificamente, em relação ao corolário da subsidiariedade. De fato, o objetivo de o Direito Penal consubstanciar a última consequência jurídica a ser utilizada, apenas e tão-somente, quando verdadeiramente necessária (*ultima ratio*), resta flagrantemente esfacelado, ao tempo em que surgem ilícitos penais com nítida natureza administrativa. Eis que surge, então, o Direito Penal secundário ou também denominado Direito Penal Administrativo no âmbito da questionada criminalização de condutas atentatórias ao meio ambiente<sup>212</sup>.

Sob o viés jurídico-formal, o Direito Penal secundário, segundo as lições de Jorge de Figueiredo Dias<sup>213</sup>, é “o conjunto de normas de natureza

---

<sup>210</sup> COSTA, José de Faria. *Direito Penal Económico*. Coimbra: Quarteto, 2003, p.25.

<sup>211</sup> SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 04.

<sup>212</sup> Em posicionamento favorável à existência do Direito Penal Secundário Ambiental, Aline da Veiga Cabral Campos sustenta que “sendo o direito ao meio ambiente um direito metaindividual ou transindividual, que ‘são interesses dispersos ou difusos situados numa zona intermediária entre o público e o privado’, urge ser o mesmo tratado pelo direito penal secundário, que se traduz pela proteção de bens jurídicos secundários, coletivos ou supra-individuais, salvaguardando de lesões insuportáveis cada ser humano dentro de sua comunidade”. CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Precaução ambiental na era do direito penal secundário*. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coord.). Prefácio: Jorge de Figueiredo Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra [Portugal]: Coimbra Editora, 2006, p. 111.

<sup>213</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*. In *Direito penal económico e*



punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contêm, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo”. Sem embargo, o enquadramento formalista deste Direito Penal Administrativo transparece, com nitidez, o alargamento que vem sofrendo a intervenção jurídico-penal, a ponto de se afastar completamente de seu objetivo funcional-teológico (traduzido, especificamente nesta hipótese, pela subsidiariedade). Por conseguinte, a intervenção jurídico-penal acaba por desaguar em um fenômeno intitulado de *administrativização do Direito Penal*<sup>214</sup>.

Ao mencionar que a proteção do meio ambiente é um dos exemplos mais claros dessa tendência, Jesús María Silva Sanchez<sup>215</sup> sustenta que, nesse contexto atual, o Direito Penal, ao revés de reagir posteriormente contra um fato lesivo individualmente delimitado, converte-se em um direito de gestão (punitiva!) de riscos gerais relacionados a fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas e, nessa medida, resta administrativizado. De fato, diante desta tendência, percebe-se que a intervenção jurídico-penal passa a alcançar ilícitos (de natureza administrativa) que compõem o rol de condutas inseridas no campo de atuação desnecessária do Direito Penal.

Sem embargo, constata-se uma verdadeira afronta ao vetor normativo da intervenção penal mínima e, por conseguinte, oposição ao referencial teórico garantista, sendo certo que esta proteção ao meio ambiente, além de transparecer manifesta desnecessidade de tutela penal, carrega consigo uma

---

européu: textos doutrinários. Volume I. Problemas Gerais. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 44.

<sup>214</sup> Acerca de mencionado fenômeno, eis o quanto sustentado por Guilherme Gouvêa de Figueiredo, ad litteram: “Administrativização do direito penal significa, portanto, a assunção de uma nova postura político-criminal por parte do legislador. À custa do abandono do conteúdo liberal do conceito de bem jurídico, e com todas as implicações dogmáticas que daí advêm, diz-se que o direito penal se administrativizou [...]. Como o que se protege são contextos genéricos e de questionável potencialidade crítica, o direito penal é levado a responder, com seus instrumentos próprios de atuação, tão logo quando se contravenham os *standards* estabelecidos pela Administração. Rompendo com a tradição de se orientar à salvaguarda de bens jurídicos concretos e determinados e reagir a formas de lesão ou perigosidade também concretas e determináveis, o direito penal vê-se vocacionado, tal como o direito administrativo sancionador, a perseguir funções de ordenação de setores da atividade administrativa”. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBBCRIM, 2008, pp. 119/120.

<sup>215</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. Cit.*, 2002, pp. 113/114.

série de deficiências técnico-jurídicas a inviabilizar uma intervenção jurídico-penal de cariz garantista. Exemplificativamente, conforme será enfrentado em sequência (*vide* tópico 5.2 *infra*), apontam-se, dentre as inúmeras incongruências entre Direito Penal e proteção ao meio ambiente, as deficiências legislativas atinentes à tipicidade aberta (ocasionada, principalmente, pela inflação de normas penais em branco constantes da tipologia penal ambiental).

Ante o quanto exposto, vislumbra-se que o bem jurídico *meio ambiente* não carece de proteção penal, porquanto existe alternativa apta e eficaz de proteção não penal na seara administrativa, conforme verificado nas linhas pretéritas. No intuito de corroborar o quanto sustentado, confira-se o entendimento de Manuel da Costa Andrade acerca da carência de proteção penal, a seguir transcrito:

“A carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (*Geeignetheit*) do direito penal para assegurar a tutela, e para o fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade”.<sup>216</sup>

Importa salientar tal carência para que não se sustente, ao fundamento da existência de dignidade penal<sup>217</sup> do bem jurídico *meio ambiente*, a viabilidade<sup>218</sup> da tutela penal ambiental à luz do referencial teórico garantista. Explica-se: conforme prelecionado por Manuel da Costa Andrade, a dignidade penal traduz o juízo axiológico de elevada intolerância social sobre

---

<sup>216</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2. Fasc. 2. Abril-Junho/ 1992. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Editorial Notícias, p.186.

<sup>217</sup> De acordo com Manuel da Costa Andrade, dignidade penal é definida como “a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>218</sup> Expressão extraída da obra de Helena Regina Lobo da Costa, especificamente do primeiro capítulo, quando se tratou da *limitada viabilidade do direito penal no âmbito da proteção ambiental*. Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental : viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

determinada conduta, que, em razão disso, mereceria<sup>219</sup> ser criminalizada. Assim, tendo em vista que a preocupação sócio-política (consciência ambiental), referente à destruição do meio ambiente pela ação devastadora do homem, impulsionou a juridicização da questão ambiental, inclusive na seara penal, seria possível sustentar que houve, nesse caso, um juízo positivo de dignidade penal em face do bem jurídico *meio ambiente* e, portanto, a tutela penal ambiental estaria autorizada.

No entanto, conforme bem salienta Manuel da Costa Andrade<sup>220</sup>, a dignidade penal do bem jurídico não decide, por si só e de forma definitiva, a questão da criminalização; é dizer, a legitimidade da intervenção jurídico-penal somente é alcançada se o ilícito carecer de proteção penal, o que não se afigura nos casos de dano ambiental, conforme salientado acima.

Nessa mesma linha de intelecção, Guilherme Gouvêa de Figueiredo ressalta o seguinte:

“[...] parece ser já consensual a convicção de que o juízo de dignidade penal, sendo indispensável, não é condição suficiente para sabermos sobre a legitimidade de uma intervenção: para além da *legitimação negativa* de toda a intervenção penal (mediatizada pela noção de dignidade penal), há de se acrescer um juízo *positivo*, que só considera legítimo o recurso ao tipo penal nos casos de comprovada *necessidade* (carência) de tutela”.<sup>221</sup>

Setor doutrinário sustenta, portanto, tendo em vista que as infrações contra o meio ambiente não podem permanecer impunes, a necessidade de se

<sup>219</sup> Acerca da dignidade penal, confirmam-se os pertinentes dizeres de Guilherme Gouvêa de Figueiredo, in verbis: “[...] no juízo de dignidade (merecimento) de pena, prevalece um momento axiológico (*wertmoment*), em que são levados em conta quais valores devem ser considerados essenciais para uma existência pacífica e responsável em comunidade e as formas de ataque mais gravosas para eles. E isso, digamos mais uma vez, com o empenho de oferecer um padrão crítico tanto para o legislador, quanto para o intérprete e de, assim, servir de barreira garantista contra tendências intervencionistas empreendidas em nome de um ‘exasperado pragmatismo eficientista’”. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBBCRIM, 2008, p. 90.

<sup>220</sup> COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2. Fasc. 2. Abril-Junho/ 1992. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Editorial Notícias, p. 186.

<sup>221</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBBCRIM, 2008, p. 91.

estruturar um controle preventivo e repressivo, na seara administrativa, para combater, de forma rápida e eficaz, os ataques ao referido bem jurídico, segundo os ditames legais (e constitucionais!) de um Direito Administrativo sancionador<sup>222-223</sup>. De fato, haja vista as infrações contra o meio ambiente consubstanciarem ilícitos de natureza administrativa, nada mais adequado que a correlata intervenção jurídica pertença ao ramo do Direito Administrativo<sup>224</sup>.

Assim sendo, haja vista a idoneidade deste setor do ordenamento jurídico – o administrativo – para controlar as práticas ilícitas contra o meio ambiente, resta desnecessária a intervenção do Direito Penal, no sentido de atuar, buscando finalidade, de fato, de possível alcance pelo referido meio formal de controle social.

Diante da construção teórica desenvolvida até aqui, dever-se-á partir para a verificação, com base no referencial teórico garantista, acerca da ilegitimidade da intervenção jurídico-penal na seara ambiental, uma vez que o Direito Penal Ambiental esfacela, conforme visto acima, o princípio constitucional da subsidiariedade, cuja matriz teórica (o direito penal mínimo) mantém estreita relação de compatibilidade com a Teoria do Garantismo Penal. Entretanto, essa é uma questão que deve ser analisada nas linhas subsequentes, especificamente no tópico 5.3 *infra*.

---

<sup>222</sup> Haja vista os limites epistemológicos que circunscrevem o específico objeto de estudo deste trabalho, não será efetuada incursão teórica acerca de tal temática, cuja extensão de conteúdo não autoriza abordagem superficial.

<sup>223</sup> Acerca do enquadramento dogmático do Direito Administrativo sancionador, eis o que preleciona Alejandro Nieto, *ad litteram*: “El Derecho Administrativo Sancionador – como su nombre indica y a diferencia del viejo Derecho Penal Administrativo – es en primer término Derecho Administrativo, sobre el que lo de «Sancionador» impone una mera modalización adicional o adjetiva. El plus que añade lo de «sancionador» significa que este Derecho está invadido, coloreado, por el Derecho Penal sin dejar de ser Administrativo. Lo cual no era necesario, incluso, puesto que un Derecho Administrativo Sancionador puede funcionar perfectamente de manera autónoma y rigurosamente independiente de lo Penal”. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008, p. 177.

<sup>224</sup> TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica Del derecho penal administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008, p. 54.

## 5.2 Distorções Penais (Inobservância à Legalidade Estrita) e Processuais Penais (Inobservância à Estrita Jurisdicionariedade) à Luz do Garantismo Penal

Ao discorrer sobre a verificação científica acerca da ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações penais contra o meio ambiente, não seria inteligível deixar de enfrentar as características peculiares que permeiam a arquitetura típica correlata à tutela jurídico-penal do mencionado bem jurídico. Vale dizer, tem-se por necessário, sob a ótica da proteção penal ambiental, abordar questões relacionadas à sua estrutura normativa, especificamente em relação ao reiterado recurso legislativo às normas penais em branco, aos elementos normativos do tipo e ao estabelecimento de uma tipicidade aberta.

Destarte, além de identificar os caracteres que individualizam a referida proteção jurídica, insta verificar se tal estruturação normativa traduz uma distorção jurídico-penal em face do princípio da legalidade estrita (pilar do garantismo penal) e em que proporção repercutirá na verificação científica proposta no bojo do presente trabalho. É o que se buscará adiante!

Primeiramente, no que diz respeito ao excessivo recurso legislativo às normas penais em branco, Alessandra Prado<sup>225</sup> justifica tal apelo, sinalizando que se trata o meio ambiente de bem jurídico complexo – cuja complexidade remonta a própria elasticidade semântica (polissemia) que caracteriza a expressão *meio ambiente* - e de difícil delimitação, coadunando-se, assim, a esta espécie normativa de conteúdo flexível. Ademais, expõe que, tendo em vista a dinâmica desenfreada que determina uma frenética variabilidade das agressões ao bem jurídico meio ambiente, o legislador penal tem dificuldade em confeccionar os correlatos tipos penais, valendo-se de linguagem técnica e descrições mais específicas e fragmentárias, desembocando no problema do recurso frequente às normas penais em branco.

---

<sup>225</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 91.

Nesse sentido, registre-se que a regulação jurídico-penal do meio ambiente - em razão de tal setor estar condicionado a fatores histórico-sociais, os quais exigem uma atividade normativa constante e variável – é subsidiada pelo recurso legislativo às normas penais em branco<sup>226</sup>, as quais decorrem, em outros termos, do caráter complexo, técnico e multidisciplinar das questões que envolvem o bem jurídico meio ambiente.<sup>227</sup>

Conforme é sabido, a norma penal em branco é aquela que possui o preceito secundário – pelo qual se estabelece a sanção penal – determinado e o preceito primário – pelo qual se descreve abstratamente a conduta incriminada – pendente de complementação; ao ser complementado – seja por uma lei, seja por um ato administrativo -, resta estabelecido o alcance da correlata incidência normativa, é dizer, adequação típica.

Nesse sentido, registre-se que a referida complementação pode ser realizada de três formas: “a) por disposição prevista na mesma lei; b) por disposição contida em outra lei; c) por disposição emanada de outro poder, ou seja, de um ato administrativo”<sup>228</sup>.

Em sede doutrinária, extrai-se o seguinte conceito e a correlata classificação: norma penal em branco é aquela que depende de uma complementação do preceito descritivo, traduzida pelo complemento da descrição da conduta punível – para a perfeita adequação típica, sendo que a correlata pena está determinada. Tal espécie normativa é classificada da seguinte maneira: a) normas penais em branco em sentido amplo ou homogêneo: neste tipo, o complemento, por ser proveniente da mesma fonte (formal estatal) de produção normativa pela qual fora confeccionada a norma penal em branco, trata-se de uma lei em sentido estrito; e b) normas penais em branco em sentido estrito ou heterogêneas: neste caso, a complementação, por

---

<sup>226</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92.

<sup>227</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 920.

<sup>228</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 35.

advir de fonte normativa diversa daquela que editou a norma penal em branco, consubstancia um ato administrativo.<sup>229</sup>

Ultrapassadas essas considerações preliminares sobre a norma penal em branco, tem-se por necessário enfrentar a emblemática questão concernente se esta espécie normativa ofende, ou não, o princípio da legalidade.

Em relação às normas penais em branco homogêneas, observa-se que o discurso pautado na necessidade de uma produção normativa compatível com a dinâmica acelerada que impulsiona as modificações em determinados setores da realidade – como sói ocorrer no âmbito ambiental – teria suplantando o questionamento efetuado acima. Nesse sentido, Luís Paulo Sirvinkas<sup>230</sup> salienta, justamente, que poderia ocorrer a coexistência da norma penal em branco com a norma complementadora, desde que esta viesse da mesma fonte legislativa, ou seja, na hipótese de se tratar de espécie normativa homogênea.

Isso porque, apesar de existir posicionamento contrário à edição de normas penais em branco<sup>231</sup>, há também setor doutrinário a entender que se o complemento for determinado e construído com clareza e precisão não haveria ofensa ao princípio da legalidade.<sup>232</sup>

Sob esta perspectiva, é cabível a seguinte observação: muito embora haja entendimento de que não se perfaz ofensa ao princípio da legalidade (sob

---

<sup>229</sup> SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40.

<sup>230</sup> SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 40.

<sup>231</sup> Nessa linha de intelecção, eis o quanto sustentado por Luís Paulo Sirvinkas, *in verbis*: “Os crimes contra o meio ambiente devem estar expressamente previstos em lei, evitando-se a adoção, mesmo no seu mínimo legal, de normas penais em branco”. SIRVINKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 25.

<sup>232</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 96. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, *passim*.

a perspectiva formal, traduzida pelo corolário principiológico da reserva legal<sup>233</sup>) na hipótese de norma penal em branco homogênea – já que complementada por outra lei em sentido estrito -, o princípio da legalidade estrita – pilar do garantismo penal – somente estaria a salvo de violações, desde que a análise acerca da clareza e precisão do complemento normativo fosse efetuada casuisticamente. Somente assim, seria possível sustentar se tal ou qual tipo penal - constante de uma norma penal em branco – atende às exigências de taxatividade/exaustividade decorrentes do princípio da legalidade estrita garantista.

No entanto, não é essa a principal questão que conduz à discussão sobre norma penal em branco e ofensa ao princípio da legalidade. Com efeito, o que tem, verdadeiramente, provocado um estudo mais verticalizado dos doutrinadores é a possibilidade de uma compatibilização entre a norma penal em branco heterogênea e o princípio da legalidade.

Nesse ponto, tem-se por necessário ressaltar que a norma penal em branco heterogênea possui como complemento um ato administrativo, ou seja, a arquitetura típica jurídico-penal, lastreada pelo princípio da legalidade, é complementada por uma espécie normativa distinta da lei em sentido estrito, o que já estampa uma contrariedade ao princípio da reserva legal.

Ademais, importa sinalizar que, se a norma penal em branco já carrega consigo o estigma da indeterminação, muito mais o tipo heterogêneo, complementado por espécie normativa diversa da lei em sentido estrito, que, por isso, não se submete a um processo legislativo de confecção, permeado pela representatividade democrática e orientado pelo vetor principiológico da segurança jurídica.

Assim, observa-se uma maior aproximação, nessa hipótese, da ausência de determinação legal, uma vez que, por não passar a norma complementadora (ato administrativo) por um exaustivo procedimento

---

<sup>233</sup> Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 93.



legislativo de produção normativa (é dizer, com trâmite nas duas Casas Legislativas do Congresso Nacional), sinaliza para um déficit de segurança jurídica e, por conseguinte, violação ao princípio da legalidade, sob mais esta perspectiva.

Nesse sentido, é importante trazer à baila o quanto sustentado por Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Slokar, *in verbis*: “Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal”.<sup>234</sup>

No entanto, há setor doutrinário que sustenta o seguinte: independentemente de ser homogênea ou heterogênea, não há ofensa ao princípio da legalidade, desde que a norma penal em branco contemple a descrição do núcleo essencial da conduta incriminada, ou seja, estabeleça o núcleo do tipo e os limites claros, precisos e determinados para a correlata complementação.

Ante o quanto exposto nas linhas pretéritas, ainda que haja posicionamento doutrinário contrário, sustenta-se, no bojo do presente trabalho, que as normas penais em branco heterogêneas ofendem o princípio da legalidade estrita (pilar do garantismo penal). Isso porque, conquanto se defenda a ausência de ofensa ao princípio da (mera) legalidade, a conformação típica da espécie normativa heterogênea potencializa a indesejada indeterminação e imprecisão no âmbito jurídico-penal, reverberando efeitos deletérios à necessária taxatividade penal, tradução do princípio da legalidade estrita garantista.

Ainda sob este viés, saliente-se que, no âmbito jurídico-penal ambiental, essa constatação se torna mais acentuada, pois há uma excessiva utilização de normas penais em branco heterogêneas para fins de tutela penal

---

<sup>234</sup> BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Volume I, pp. 205/206.

do meio ambiente. Nesse sentido, Luís Paulo Sirvinskas<sup>235</sup> relata que, ao analisar a Lei nº 9.605/98, detectou uma grande quantidade de normas penais em branco, as quais, em maioria, necessitam de “complementação através de decretos baixados pelos poderes executivos (federal, estadual e municipal) ou de portarias, avisos e resoluções dos órgãos ambientais”.

Visto isso, importa, nesse momento, analisar outro recurso legislativo utilizado, excessivamente, no âmbito jurídico-penal ambiental, que diz respeito aos elementos normativos do tipo<sup>236</sup>. Tais elementos valorativos são detectados em inúmeros dispositivos penais constantes da legislação penal ambiental, em especial a Lei nº 9.605/98.<sup>237</sup>

Com base em argumentos similares aos quais justificaram a utilização das normas penais em branco no bojo da tutela penal ambiental, justifica-se o uso – compatível com o princípio da legalidade - dos elementos normativos na tipologia penal do meio ambiente em razão da complexidade do bem jurídico tutelado, da multidisciplinariedade que envolve a questão ambiental – a exigir o uso de expressões técnicas de outras áreas do conhecimento –, e em virtude da dinâmica desenfreada que determina uma frenética variabilidade das agressões ao meio ambiente.<sup>238</sup>

Por tudo isso, sustenta-se a necessidade de se valer de elementos normativos – cujo conteúdo é extraído por meio de juízo axiológico e varia a depender dos vetores de tempo e lugar – ainda que tal opção represente ofensa ao princípio da legalidade estrita, porquanto asseveram: não se pode

---

<sup>235</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 43 e 44.

<sup>236</sup> No âmbito jurídico-penal do meio ambiente, Luiz Regis Prado salienta que a tipologia penal ambiental é “permeada de elementos normativos (jurídicos e extrajurídicos), que estão em função de uma particular relação entre os dados – representados ou pensados – e a norma ou uma avaliação pressuposta. Esses elementos implicam um juízo axiológico ou só são suscetíveis de compreensão espiritual, encontrando expressão na utilização de conceitos ou na referência a normas jurídicas”. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

<sup>237</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 37.

<sup>238</sup> Cf. PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, pp. 95 e 101.

exigir normas com conteúdo rigorosamente determinado em contraposição à tutela eficaz de certos bens.

Entretanto, as próprias expressões identificadoras – “sem licença’, ‘sem autorização’, ‘sem permissão’, ‘em desacordo com a determinação legal obtida’ e outras assemelhadas” - do elemento normativo na tipologia penal ambiental traduzem grau de indeterminação incompatível com o nível de taxatividade exigido pelo princípio da legalidade estrita, prejudicando, por conseguinte, o juízo de tipicidade.

E por último, mas não menos importante, é preciso tecer comentário acerca de outro recurso legislativo utilizado no âmbito jurídico-penal do meio ambiente, qual seja: os tipos penais abertos. Conforme salientam Vladimir e Gilberto Passos de Freitas<sup>239</sup>, conquanto o princípio da legalidade determine que a norma penal deva descrever completamente, de forma clara, precisa, determinada, a conduta incriminada - para o fim de que o agente possa exercer sua defesa -, as infrações ao meio ambiente não permitem, na maioria das vezes, uma descrição direta e objetiva, em razão da multiplicidade e da constante modificação das formas que o devastam.

Nessa linha de intelecção, Édis Milaré<sup>240</sup> pontua que o meio ambiente é, sem embargo, holístico e sistêmico, o que dificulta sobremaneira a estruturação da tipologia penal ambiental, segundo as exigências de taxatividade penal, oriundas do princípio da legalidade estrita. Assim, apresenta-se pertinente a observação efetuada por Ivette Senise Ferreira<sup>241</sup>, a qual salienta que “uma questão de grande relevância na estruturação do tipo penal ambiental é o da sua amplitude ou indeterminação da conduta incriminada, caracterizando o chamado tipo aberto”.

---

<sup>239</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 36.

<sup>240</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 922.

<sup>241</sup> FERREIRA, Ivette Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*, p. 94.

Consoante Heleno Cláudio Fragoso<sup>242</sup>, há tipos penais, denominados abertos, em que não aparece expressa, por completo, a norma jurídica incriminadora, de tal maneira que o correlato preceito primário não apresenta a descrição completa da conduta incriminada, que depende, para restar configurada, da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe. Ainda de acordo com o referido doutrinador, os tipos penais abertos fazem referência à ilicitude com o emprego de expressões – que indicam as referidas normas especiais - como “indevidamente”, “sem justa causa”, “sem permissão legal”, concluindo que a antijuridicidade, nesses casos, deve ser estabelecida pelo juiz, ao verificar se houve a transgressão das normas que a incriminação pressupõe.

Assim sendo, a própria estrutura normativa do tipo penal aberto, bem assim as expressões contidas no correlato preceito primário traduzem o grau de indeterminação incompatível com o nível de taxatividade exigido pelo princípio da legalidade estrita, prejudicando, por via de consequência, o juízo de tipicidade.

Ao mencionar que muitos dos tipos penais ambientais são extremamente abertos, Luís Paulo Sirvinskas<sup>243</sup> sinalizou exemplo emblemático de tipo penal ambiental aberto contido no artigo 54 da Lei nº 9.605/98, *ad litteram*:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Com efeito, a expressão *causar poluição de qualquer natureza em níveis tais* denota a imprecisão que permeia a redação do tipo penal aberto acima transcrito<sup>244</sup>. Tal construção normativa contraria as exigências de

---

<sup>242</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, p. 183.

<sup>243</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

<sup>244</sup> PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Proteção penal do meio ambiente: fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 95.

clareza, precisão e exaustividade que devem orientar a atividade legislativa na seara penal, ofendendo, destarte, o princípio da legalidade estrita. Isso porque a aludida tipicidade aberta, além de afastar o vetor principiológico da segurança jurídica por força da indeterminação que a caracteriza, prejudica o juízo de adequação típica.

Analisadas as características peculiares que individualizam a arquitetura típica correlata à tutela jurídico-penal do meio ambiente, ou seja, após abordar as questões relacionadas à sua estrutura normativa, especificamente em relação ao reiterado recurso legislativo às normas penais em branco, aos elementos normativos do tipo e ao estabelecimento de uma tipicidade aberta, conclui-se com Luiz Regis Prado, nos seguintes termos, *ad litteram*:

“(...) o problema maior reside em ser a tipologia penal ambiental, sobretudo nas legislações de tratamento pontuado (v.g., brasileira), marcada por uma série de fatores (tecnicismo, indeterminação, casuísmo exagerado, redundância, ambiguidade etc.), o que, sem dúvida alguma, dificulta sobremaneira o juízo de tipicidade”.<sup>245</sup>

Verifica-se, ao final dessa abordagem, que a estrutura normativa correlata à tutela penal do meio ambiente, caracterizada por uma tipologia deficitária, apresenta-se em posição oposta às exigências de taxatividade penal, oriundas do princípio da legalidade estrita garantista. Com isso, percebe-se que se está diante de verdadeiras distorções penais, as quais conduzem a outras distorções, já agora na seara processual penal, conforme se verá adiante.

Ante o quanto exposto nas linhas pretéritas, constatou-se que a tipologia penal ambiental apresenta uma série de deficiências que desembocam em uma estrutura normativa repleta de indeterminações, obscuridades e imprecisões. Tal quadro sintomático não restringe seus efeitos

---

<sup>245</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

apenas na seara penal; de fato, as mencionadas deficiências acabam por ocasionar distorções no âmbito processual penal.

Isso porque uma tipologia penal deficitária – caracterizada por termos e expressões vagas, obscuras e imprecisas -, além de prejudicar o juízo de tipicidade, impõe obstáculos à própria confecção de uma prefacial acusatória (denúncia<sup>246</sup>) formalmente apta.

Com efeito, diante de uma arquitetura típica deficiente – permeada por remissões a conceitos técnicos oriundos de outras áreas do conhecimento -, o membro do Ministério Público enfrenta uma série de dificuldades para formular uma proemial acusatória capaz de possibilitar o exercício da ampla defesa por parte do acusado.

Eis as mencionadas dificuldades: complementar, adequadamente, a norma penal em branco, para o fim de determinar os limites da correlata incidência normativa e, por conseguinte, a perfeita adequação típica; identificar o conceito dos elementos normativos do tipo, por meio de atividade axiológica, para fins de viabilizar um adequado juízo de tipicidade; e compor a tipicidade aberta ambiental, através da identificação das normas especiais que o tipo aberto pressupõe, a fim de estabelecer o alcance da correlata punibilidade.

No entanto, tendo em vista a multidisciplinariedade que permeia o bem jurídico meio ambiente, a superação das referidas dificuldades se apresenta, muitas das vezes, intransponível ao membro ministerial, que se vê circundado por necessárias digressões a termos técnicos advindos de outros segmentos científicos (química, biologia etc.).

Ocorre que tais digressões não são observadas, tampouco efetuadas ao tempo da confecção da prefacial acusatória, a qual acaba por padecer do vício da inépcia, comprometendo, destarte, a observância ao princípio da ampla defesa (corolário do princípio do devido processo legal) e, em última

---

<sup>246</sup> Nesse ponto, é cabível a seguinte observação: as infrações penais contra o meio ambiente são processadas mediante o ajuizamento de ação penal pública, cuja petição inicial corresponde à denúncia. A título exemplificativo, eis o teor do artigo 26 da Lei nº 9.605/98, *in verbis*: Nas infrações penais previstas nesta Lei, a ação penal é pública incondicionada.

análise, ofendendo o princípio da estrita jurisdicionariedade ( pilar do garantismo penal), consoante será delineado nas linhas subsequentes.

Para fins de corroborar o quanto registrado acima, torna-se oportuna uma abordagem exemplificativa, valendo-se do exemplo emblemático do artigo 54 da Lei nº 9.605/98, para fins de demonstrar as referidas dificuldades enfrentadas pelo membro do Ministério Público, a conformação da inépcia e os correlatos desdobramentos deletérios em face dos princípios anteriormente identificados.

Primeiramente, insta salientar que uma prefacial acusatória, cuja imputação circunscreve o referido tipo penal aberto, acaba sendo formalmente deficiente, pois não apresenta, suficientemente, a exposição do suposto fato criminoso imputado ao acusado. Vale dizer, a denúncia oferecida pelo presentante ministerial, diante das dificuldades mencionadas acima, não preenche o requisito '*exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias*', exigido pelo artigo 41 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, cumpre transcrever o art. 41 do CPP, o qual traz à baila os requisitos imprescindíveis para o oferecimento da denúncia, quais sejam: qualificação do acusado, exposição circunstanciada do suposto fato criminoso, classificação do crime e rol de testemunhas. Estabelece o mencionado dispositivo a seguinte disciplina legal:

Art. 41. A denúncia ou a queixa conterá a exposição do fato criminoso com todas as circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Em relação à instauração válida do processo criminal, confira-se o quanto salientado por Ada Pellegrini Grinover ao caracterizar a ocorrência de imputação omissa ou deficiente. Observe-se o quanto sustentado pela referida doutrinadora:

“A instauração válida do processo pressupõe o oferecimento de denúncia ou queixa com exposição clara e precisa de um ato

criminoso, com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), isto é, ‘não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*)’[ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O processo criminal brasileiro, v. II. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 183].<sup>247</sup>

Semelhantemente, Fauzi Hassan Choukr adverte que, a rigor, em uma “*estrutura processual acusatória, não há possibilidade de acusações implícitas, donde a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstancias deve ser textual*”.<sup>248</sup> (Grifos aditados).

Vale dizer, é vedado ao membro ministerial não efetuar a imprescindível descrição (detalhada) da conjecturada conduta delitiva imputada no bojo da denúncia, ou seja, o *Parquet* deve, necessariamente, descrever, de forma clara, precisa e completa, a ação criminosa atribuída ao Réu, para, então, enquadrar a correlata conduta ao tipo penal indicado na denúncia. Ocorre que, como sói ocorrer nos casos relacionados à arquitetura típica ambiental, ao membro ministerial são impostos obstáculos (v.g., remissão a conceitos técnicos oriundos de outras áreas do conhecimento) que impedem a confecção de uma denúncia apta, ou seja, composta por uma imputação clara, precisa e completa.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover<sup>249</sup>, a prefacial de acusação deve descrever de forma clara, precisa e completa o fato criminoso, explica-se: é necessária a descrição detalhada da modalidade delitiva imputada na denúncia, a fim de possibilitar o indivíduo exercer com amplitude a sua defesa.

Sem embargo, deve ser observado o requisito da minuciosa exposição fática, porquanto tal narrativa viabiliza a determinação do objeto do processo, com todas as respectivas circunstâncias delimitadas, sendo possível, desta

<sup>247</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 95.

<sup>248</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. p. 487.

<sup>249</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 91/92.



forma, desenvolver uma eficaz defesa técnica e plena. É exatamente assim que ocorre no âmbito de um processo penal democrático.

No que diz respeito à matéria suscitada, confirmam-se os dizeres de Guilherme Nucci, os quais seguem transcritos a seguir:

“(...) o acusado terá a ampla defesa assegurada desde que os fatos, com todas as circunstâncias que o envolvem, estejam bem descritos na denúncia (...) o réu deve apresentar sua defesa quanto aos fatos e não quanto a tipificação feita, uma vez que como leigo que é e estando assegurado a autodefesa, não tem obrigação de conhecer a lei penal”.<sup>250</sup>

Na seara jurisprudencial, os tribunais superiores pátrios, inclusive o Supremo Tribunal Federal, têm reconhecido a importância da regularidade formal da prefacial acusatória – com a descrição clara e precisa da conduta delitiva imputada ao denunciado – para o alcance do pleno exercício do direito de defesa – assegurado constitucionalmente a todos os acusados. A esse respeito, observe-se o julgado (concernente ao *Habeas Corpus* nº 73.271) exarado pelo Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Celso de Mello, assim ementado:

PERSECUÇÃO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO – APTIDÃO DA DENÚNCIA. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua quando o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, Rel. Min. OROZIMBO NONATO). A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta”.<sup>251</sup>

---

250NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 2008. p. 156.

<sup>251</sup> (HC 73271, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 19/03/1996, DJ 04-10-1996 PP-37100 EMENT VOL-01844-01 PP-00060).

Nessa mesma linha de inteligência, confira-se decisão exarada no bojo do *Habeas Corpus* nº 70.763, da relatoria do Ministro Celso de Melo, do qual se extrai o seguinte trecho:

“O processo penal de tipo acusatório repele, por ofensivas à garantia da plenitude de defesa, quaisquer imputações que se mostrem indeterminadas, vagas, contraditórias, omissas ou ambíguas. Existe, na perspectiva dos princípios constitucionais que regem o processo penal, um nexo de indiscutível vinculação entre a obrigação estatal de oferecer acusação formalmente precisa e juridicamente apta e o direito individual de que dispõe o acusado a ampla defesa. A imputação penal omissa ou deficiente, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado, qualifica-se como causa de nulidade processual absoluta. A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. Ela, ao delimitar o âmbito temático da imputação penal, define a própria *res in judicio deducta*. A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso, em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta”.<sup>252</sup>

A garantia constitucional abordada acima é uma exigência que consubstancia o devido processo legal sob a faceta da ampla defesa; não é uma, frise-se, mera faculdade jurídica, pois a sua inobservância impõe a decretação de nulidade processual insanável, máxime quando não há imputação detalhada da conduta criminosa.

Nesse sentido, importa salientar que a exposição circunstanciada do fato criminoso contra o meio ambiente deve conter a determinação dos limites da correlata incidência normativa; identificação dos conceitos técnicos adjacentes; a indicação das normas complementadoras, enfim, os fundamentos da imputação para que não traduza uma acusação enigmática, permeada por remissões a termos e expressões técnicas indecifráveis.

Efetivamente, o fato deve ser narrado com toda a precisão necessária, não podendo haver afirmações vagas ou mesmo duvidosas; no entanto, o que

---

<sup>252</sup> (HC 70763, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 28/06/1994, DJ 23-09-1994 PP-25328 EMENT VOL-01759-03 PP-00514).

acaba por ocorrer é a perpetuação, no campo processual penal, da indeterminação, imprecisão e obscuridade constantes da arquitetura típica ambiental. Assim, em virtude de uma defasada exposição do fato criminoso, a peça inaugural padece do vício da inépcia, não permitindo a identificação completa, clara e precisa da correlata imputação e, por conseguinte, inviabiliza o exercício da ampla defesa por parte do acusado.

A título ilustrativo, registre-se que, ao se debruçar sobre enquadramento típico do artigo 54 da Lei 9.605/98, o representante do Ministério Público, apesar de indicar, no bojo da denúncia, a modalidade (se dolosa ou culposa; se simples ou qualificada) da conduta criminosa atribuída ao acusado, acaba não se desincumbindo, diante das aludidas dificuldades, do ônus de narrar, de forma precisa, detalhada, clara e completa, a ocorrência do fato criminoso.

Destarte, muito embora o referido tipo penal seja estruturado sob uma estrutura tipológica aberta – cujo conteúdo possui uma amplitude semântica proveniente de expressões do tipo: *causar poluição de qualquer natureza em níveis tais e destruição significativa da flora* -, o membro ministerial formula a prefacial de acusação sem estabelecer o referido nível de poluição punível ou determinar se o grau de destruição é significativo ou não.

Diante de tal indeterminação (*em níveis tais; destruição significativa*) constante da correlata arquitetura tipológica, o membro do Ministério Público, ante a dificuldade de identificar os limites puníveis, acaba por não fornecer uma precisa e completa narrativa acusatória para a formulação de uma ampla defesa. Vale dizer, nesses casos, o Órgão Ministerial limita-se a, apenas e tão-somente, efetuar um relato genérico do contexto fático-jurídico, sem incursionar no detalhamento da imputação, porquanto não identifica os conceitos técnicos e as normas complementadoras que iriam suprir as lacunas detectadas no tipo penal aberto. Em síntese conclusiva: o acusado deverá adivinhar sobre quais elementos o membro ministerial pautou a acusação e, por conseqüência, entendeu por enquadrar, no tipo penal do artigo 54 da Lei nº 9.605/98, a conduta então imputada.

Sob este viés, o exercício da ampla defesa resta inviabilizado e, por conseguinte, prejudica-se o devido processo legal e, em última análise, ofende-se o princípio da estrita jurisdicionabilidade (pilar do garantismo penal). No entanto, antes de abordar a referida ofensa principiológica, torna-se necessário tecer necessárias considerações sobre o princípio do devido processo legal, a fim de demonstrar que a inobservância da ampla defesa implica no seu desrespeito.

Primeiramente, registre-se que o princípio do devido processo legal foi incorporado expressamente, pela primeira vez, no bojo do Texto Constitucional pátrio de 1988, em seu art. 5º, LIV, o qual dispõe o seguinte: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Dessa forma, o sistema político pátrio, inspirado pelo ideal pós-positivista, optou pela consagração de uma democracia constitucional amparada por este modelo normativo – norteado pelo devido processo legal – instituidor de garantias processuais.

É dizer, a cláusula do devido processo legal alinhada às outras garantias processuais (e também constitucionais!), muitas decorrentes deste próprio princípio, viabilizam a efetivação formal e substancial da atividade estatal de prestação jurisdicional.

Nesta mesma linha de intelecção, apresentam-se os dizeres de José Afonso da Silva, o qual preleciona o que segue:

“O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e ‘quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado,

dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica”.<sup>253</sup>

Com efeito, dissecando o quanto averbado pelo citado autor, pode-se afirmar que o devido processo legal<sup>254</sup> consubstancia duplo papel, sendo um de natureza procedimental e outro de caráter substancial. Assim sendo, o princípio do devido processo legal deve ser vislumbrado sob a acepção formal e a material.

Sob o viés formal ou procedimental, o mencionado postulado otimiza a relação processual, pois assegura aos partícipes uma série de garantias processuais, tais como: o contraditório, a ampla defesa, dentre outras. Além disso, determina a tramitação regular procedimental, consoante o comando das normas anteriormente previstas para esta finalidade, cujo processo legislativo também deve estar em perfeita consonância com o referido princípio, conforme já fora visto no tópico 2.3 *supra*.

No sentido material ou substancial, a cláusula do devido processo legal diz respeito aos direitos materiais, os quais devem ser tutelados por meio de um processo que, além de formalmente constitucional, possibilite o alcance de resultados efetivamente justos.

Concernentes ao princípio constitucional do devido processo legal e suas respectivas facetas – formal e substancial – são os dizeres de Dirley da Cunha Jr., o qual afirma que o Devido Processo Legal compreende o seguinte:

“(a) o devido processo legal formal ou procedimental e (b) o devido processo legal material ou substantivo. O devido processo legal formal ou procedimental (procedural due process of law) se satisfaz com a exigência da abertura de regular processo como condição para restrição de direitos. (...)”

---

<sup>253</sup> AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 431/432.

<sup>254</sup> “Não obstante a clássica acepção singular da garantia do devido processo legal, entende-se, modernamente, por esta fórmula um conjunto complexo e plural de ‘diversas garantias constitucionais’ que, associados aos parâmetros da ética e da moral, buscam, em última análise, assegurar o correto exercício da jurisdição, ao mesmo tempo que legitimam o próprio poder jurisdicional exercido pelo Julgador e titularizado pelo Estado-Juiz”. FRIEDE, R. Reis. *A garantia constitucional do devido processo legal*. In Revista Justitia. Publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, vol. 172, pp. 1/467, out./dez. 1995, p. 49.

O devido processo legal material ou substantivo (substantive due process of law), de desenvolvimento mais recente<sup>255</sup>, sobretudo na doutrina e jurisprudência norte-americana, impõe a justiça e razoabilidade das decisões restritivas a direitos. Vale dizer, parte do pressuposto de que não basta a garantia da regular instauração formal do processo para assegurar direitos e liberdades fundamentais, pois vê como indispensável que as decisões a ser tomadas nesse processo primem pelo sentimento de justiça, de equilíbrio, de adequação, de necessidade e proporcionalidade em face do fim que se deseja proteger”.<sup>256</sup>

Percebe-se, então, que o princípio do devido processo legal, ao albergar estas duas acepções – formal e substancial<sup>257</sup>, contribui para que a prestação jurisdicional, lastreada por um regular procedimento, propicie, em termos substanciais, o alcance a soluções justas.

Com efeito, segundo sustenta Manoel Jorge e Silva Neto, o mencionado princípio seria suficiente para, *per se*, “assegurar garantias processuais que outorgassem às partes um processo ‘justo’, isto é, possibilidade do contraditório, ampla produção de provas e revisão da decisão judicial”.<sup>258</sup>

Dessa forma, tendo em vista ser a cláusula do devido processo legal, em seu sentido formal, um manancial principiológico, do qual decorrem

<sup>255</sup> Sob este aspecto, Ruitemberg Nunes Pereira sinaliza o seguinte, *in verbis*: “Um dado histórico e jurídico de relevância acerca da evolução do princípio do devido processo legal está no fato, pouco explorado pela doutrina, de que o princípio, desde as suas origens germânicas e no Direito Inglês, já apresenta-se como devido processo legal substantivo, representado pela expressão *by the law of the land* (*secundum constitutionem antecessorum nostrorum*), vinculada ao conceito material de legalidade, como proteção a direitos substanciais, sobretudo os ligados à propriedade”. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 482.

<sup>256</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 698/699.

<sup>257</sup> Manoel Jorge e Silva Neto indica um terceiro sentido – mais amplo – para o princípio do devido processo legal; o sentido genérico, o qual se biparte em material e processual, veja-se: *Sob ângulos distintos poderá ser entendida a cláusula do due process of law: genérico, que se biparte em material e processual. O devido processo legal no sentido genérico tutela os direitos à vida, à liberdade, e à propriedade, devendo-se entender neste sentido a previsão do art. 5º, LIV, da Constituição. No sentido material ou substancial (substantive due process), a cláusula versa a respeito dos direitos materiais e à sua proteção por meio do processo judicial ou administrativo. No sentido processual (procedural due process), tem o sentido de atribuir-se aos litigantes diversas garantias dentro da relação jurídica processual”*. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 590.

<sup>258</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 590.

inúmeras garantias processuais, é possível afirmar que o corolário principiológico da ampla defesa possui como matriz o indigitado princípio.

Nessa mesma direção argumentativa, posiciona-se Ricardo Maurício Freire Soares, o qual pontua o seguinte:

“(...) cumpre examinar as projeções mais relevantes do devido processo legal em sentido formal, como garantias processuais que, na condição de subprincípios, densificam/concretizam o macroprincípio do *procedural due processo of law*. Sendo assim, merecem destaque as seguintes garantias: isonomia; contraditório e ampla defesa; a previsão do juiz natural; a inafastabilidade da jurisdição; a publicidade dos atos processuais; a motivação das decisões judiciais; o duplo grau de jurisdição; a proibição do uso de prova ilícita; e a duração razoável do processo”<sup>259</sup>.

Assim sendo, a inviabilização da ampla defesa conduz à conclusão de que a cláusula do devido processo legal também fora violada, uma vez que a tramitação processual estará longe da necessária regularidade, especificamente, padecendo do vício formal da inépcia da prefacial acusatória.

Sob esta perspectiva, Eduardo J. Couture já advertia que não é objeto de discussão a necessidade da regularidade de um processo legal, a fim de que seja tutelado o rol de direitos do indivíduo. O que se discute são quais elementos serão necessários para que o processo seja legal, ou seja, adequado, justo; vale dizer, que seja assegurada, entre outras coisas, a plenitude de defesa, nos termos em que prescreve a Constituição. Confirmam-se os inoidáveis ensinamentos do citado autor:

“La tutela della persona umana per mezzo della giustizia, garantita questa mediante um processo legale, non è oggetto di discussione. La discussione comincia quando si tratta di sapere che cosa significa um processo e quale insieme di elementi si debba riunire perché questo sai legale, ossia adeguato, appropriato, adatto ai suoi fini”<sup>260</sup>.

---

<sup>259</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal. Uma visão pós-moderna*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 74.

<sup>260</sup> COUTURE, Eduardo J. *La garanzia costituzionale del «dovuto processo lagale»*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Doit. Antonio Milani. Vol. IX – Parte I, Anno 1954, p. 81.

Percebe-se que a inobservância à ampla defesa reverbera efeitos negativos ao princípio do devido processo legal seja sob sua acepção formal, seja em seu sentido substancial, imprimindo violação ao princípio da estrita jurisdicionabilidade garantista, conforme será enfrentado adiante.

A cláusula do devido processo legal, sob sua acepção formal, é violada simplesmente, quando a relação processual deixa de conferir subsídios – *v.g.*, uma prefacial de acusação apta – ao regular exercício da ampla defesa. A partir deste momento, o “devido processo legal” não é mais devido, tampouco legal, sendo a correlata formalidade processual destituída de uma das mais importantes de suas garantias, qual seja: a plenitude da defesa.

Em sequência, haja vista que inviabilização da plenitude de defesa afeta a eficácia do processo enquanto veículo de realização material da justiça, torna-se possível esclarecer de que forma o desrespeito ao princípio da ampla defesa ofende diretamente a cláusula do devido processo legal substancial.

Com efeito, a acepção substancial do devido processo legal vincula-se à realização efetiva de uma justiça material, o que acaba por determinar a seguinte conclusão: qualquer circunstância – *v.g.*, o desrespeito à ampla defesa – que inviabilize a concretização do valor justiça, ofende diretamente a cláusula do devido processo legal em seu sentido substancial.

Acerca do postulado do devido processo legal em seu sentido material, confirmam-se os dizeres de Ricardo Maurício Freire Soares, o qual sustenta o que segue:

“Diante do exposto, pode-se depreender que a cláusula principiológica do devido processo legal, no seu sentido substancial, nada mais que é um mecanismo de controle axiológico e teleológico da atuação dos agentes públicos ou mesmo particulares, típico do Estado democrático de direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos fundamentais dos cidadãos, sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação”.<sup>261</sup>

---

<sup>261</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal. Uma visão pós-moderna*. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 86.



De fato, a cláusula principiológica do devido processo legal, sob sua acepção substancial, versa sobre a inadmissibilidade de qualquer restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive e especificamente acerca da ampla defesa. Vale dizer, na ausência de um processo que não contemple, entre outras coisas, a plenitude da defesa, não se poderá restringir qualquer direito fundamental, tampouco alcançar a pretendida justiça material.

Diante do quanto exposto, verifica-se que, inepta a denúncia e, por conseguinte, inviabilizada a plenitude de defesa, não somente a cláusula do devido processo legal, bem assim o princípio da estrita jurisdiccionariedade garantista sofrem diretas violações.

Isso porque, conforme fora visto anteriormente (vide tópico 2.3 *supra*), o princípio da estrita jurisdiccionariedade garantista, enquanto vetor das garantias processuais penais, orienta a garantir os direitos fundamentais à ampla defesa no âmago de uma relação processual regida pelo princípio do devido processo legal. Eis, portanto, a intrínseca relação existente entre ampla defesa, a cláusula do devido processo legal e o referido pilar do garantismo penal.

Destarte, com base na construção teórica desenvolvida nas linhas passadas, constatou-se que a deficiente exposição do fato criminoso macula a prefacial acusatória com o vício formal da inépcia, a qual, por sua vez, inviabiliza o exercício regular da ampla defesa, o que afronta a cláusula do devido processo legal e, por conseguinte, determina a inobservância do princípio da estrita jurisdiccionariedade garantista, configurando, ao final, as distorções processuais penais acima mencionadas.

Nessa linha de intelecção, verifica-se, à luz do referencial teórico garantista, que as aludidas distorções penais (provenientes da tipologia penal ambiental deficitária e motivadoras da inobservância ao princípio da legalidade estrita) funcionam como verdadeiros catalisadores das distorções processuais penais (decorrentes da infringência principiológica e causadoras da inobservância ao princípio da estrita jurisdiccionariedade), as quais, em

conjunto, ocasionam a inviabilidade da proteção penal ambiental à luz da Teoria do Garantismo Penal.

Isso porque a inépcia da prefacial acusatória (propiciada pelas distorções penais), por inviabilizar o regular exercício da ampla defesa, configura hipótese de rejeição da prefacial de acusação, nos termos do artigo 395, inciso I, CPP. Assim, ainda que já tenha ocorrido o recebimento da denúncia, o abortamento da persecução criminal deve ser operacionalizado, por meio da nulificação do pronunciamento judicial pelo qual se recebeu a proemial acusatória, nos termos do artigo 564, IV, c/c artigo 41, ambos do CPP.

Nesse sentido, eis o quanto sustentado por Eugênio Pacelli de Oliveira, cuja transcrição segue adiante:

“Agora, uma indagação: Suponha-se a hipótese em o juiz se convença, após a defesa escrita (art. 396, CPP), da ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais. O que fazer? O que fazer se a denúncia já foi recebida? Pensamos que a matéria pode e deve ser resolvida desde logo. E pela mesma via: a do reconhecimento, de ofício, da nulidade do ato processual no qual se recebeu a denúncia. E tal será perfeitamente possível e cabível, pois o juiz, em nosso sistema de nulidades, tem poderes para reconhecer até mesmo o vício passível de nulidade relativa, como demonstraremos (Capítulo 15). Assim, e porque se cuidaria de matéria cujo interesse ultrapassaria, de longe, o campo de exclusividade das partes, revelando verdadeiro interesse público do devido processo legal, o juiz deveria anular de ofício o ato de recebimento da denúncia, com fundamento no art. 564, IV, c/c art. 41, e todos do CPP”<sup>262</sup>.

Com base no quanto registrado nas linhas pretéritas, verifica-se que as indigitadas distorções penais e processuais penais acabam por provocar a inviabilidade da tutela jurídico-penal do meio ambiente sob a perspectiva do referencial teórico garantista. Isso porque, ante as deficiências identificadas, inúmeras são as dificuldades de se concretizar a responsabilização penal do indivíduo que atenta contra o meio ambiente.

Visto isso, é alcançado o momento de verificar, finalmente, a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à

---

<sup>262</sup> PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 680.

luz do referencial teórico garantista. Assim, enfrentar-se-á, no desenrolar do tópico subsequente, a mencionada hipótese.

### **5.3 A Ilegitimidade de o Direito Penal Reprimir as Infrações contra o Meio Ambiente à Luz do Referencial Teórico Garantista**

Em linhas introdutórias, importa sinalizar, tendo em vista o corte epistemológico efetuado, o específico objeto temático definido neste trabalho, qual seja: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal.

Assim sendo, é alcançado o momento de se efetuar a verificação científica, considerando os aportes teóricos identificados ao longo desse trabalho, acerca da ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente sob o referencial teórico garantista, cujo conteúdo normativo e axiológico é refletido no bojo do Texto Constitucional pátrio (*vide* tópico 3.1 *supra*). Para tanto, será necessário efetuar o entrecruzamento dos elementos que constituíram a linha argumentativa desenvolvida até o presente momento.

Destarte, tem-se por necessário rememorar as principais considerações tecidas sobre a legitimidade garantista, especialmente a estrutura normativa e axiológica que orienta o intérprete a verificar se determinado poder punitivo é legítimo, ou não, à luz do aludido referencial teórico.

Conforme delineado no tópico 3.4 *supra*, observou-se que a legitimidade garantista – traduzida pelos vínculos e limites impostos ao poder punitivo e pela máxima tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos – é classificada em legitimidade jurídica ou interna e legitimidade política ou externa, as quais devem ser analisadas em apartado.

Destarte, em sintonia com a estrutura dúplice da legitimidade garantista, operacionalizou-se, por sua vez, um modelo de análise e avaliação

acerca da legitimidade do Direito Penal sob um campo de dupla legitimação (interna e externa).

Assim, sob a perspectiva da legitimação interna, o intérprete deverá, para fins de aferir a legitimidade do Direito Penal, analisar o requisito da validade jurídica - de determinada norma incriminadora - segundo princípios e regras contidas no próprio ordenamento jurídico, a fim de verificar sua compatibilidade com o arcabouço principiológico garantista.

Ante o quanto sinalizado, é possível alcançar o seguinte entendimento: se determinada estrutura normativa, atinente a uma proteção jurídico-penal, não for compatível com princípios fundamentais concernentes ao modelo penal garantista, sustenta-se a ilegitimidade interna ou em sentido estrito da correlata seara punitiva à luz da Teoria do Garantismo Penal.

Sob o viés da legitimação externa ou justificação política, o intérprete – efetuada a análise da legitimidade interna de determinada tipologia jurídico-penal – verificará, segundo o modelo normativo de justificação garantista, se a incidência normativa propiciará a máxima tutela dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, orientando-se pelo vetor normativo da intervenção penal mínima. Assim, se a proteção jurídico-penal for incompatível com o aludido modelo normativo de justificação política (consubstanciado pelo direito penal mínimo e seus desdobramentos teóricos, ou seja, intervenção mínima e máxima tutela de direitos e garantias fundamentais) não restará consubstanciada a legitimidade externa.

Ultrapassadas essas necessárias considerações preliminares, torna-se imperioso verificar, a partir das linhas subsequentes, se a intervenção penal na seara ambiental é legítima à luz da Teoria do Garantismo Penal, ou seja, se a ela é conferida a legitimidade garantista.

Com vistas a iniciar o procedimento de legitimação garantista, tem-se por necessário revisitar as distorções penais e processuais penais provenientes da tutela jurídico-penal do meio ambiente, conforme visto anteriormente (*vide* tópico 5.2 *supra*).

Assim sendo, relembre-se que a estrutura normativa correlata à tutela penal do meio ambiente, caracterizada por uma tipologia deficitária (repleta de normas penais em branco, elementos normativos e tipos abertos), apresentou-se em posição oposta às exigências de taxatividade penal (traduzidas pela clareza, precisão e determinação), oriundas do princípio da legalidade estrita garantista, cujo assento constitucional corresponde ao artigo 5º, XXXIX, CF/88. Diante dessa conjuntura, percebeu-se que se estava diante de verdadeiras distorções penais, as quais conduziram a distorções na seara processual penal.

Ante o quanto exposto nas linhas pretéritas, constatou-se que a tipologia penal ambiental apresenta uma série de deficiências que desembocam em uma estrutura normativa repleta de indeterminações, obscuridades e imprecisões. Tal quadro sintomático não restringe seus efeitos apenas na seara penal; de fato, as mencionadas deficiências acabam por ocasionar distorções no âmbito processual penal.

Isso porque, conforme fora registrado, uma tipologia penal deficitária, além de prejudicar o juízo de tipicidade, impõe obstáculos à própria confecção de uma prefacial acusatória formalmente apta. Com efeito, diante de remissões a conceitos técnicos oriundos de outras áreas do conhecimento, o membro do Ministério Público enfrenta uma série de dificuldades – a exemplo da complementação de uma norma penal em branco - para formular uma proemial acusatória capaz de possibilitar o exercício da ampla defesa por parte do acusado.

Ocorre que tais dificuldades não são superadas ao tempo da confecção da prefacial acusatória, a qual acaba por padecer do vício da inépcia, comprometendo, destarte, a observância ao princípio da ampla defesa (corolário do princípio do devido processo legal, cujo assento constitucional corresponde ao artigo 5º, LIV, CF/88) e, em última análise, ofendendo o princípio da estrita jurisdicionariedade (pilar do garantismo penal).

Diante da construção teórica efetuada, verifica-se que a estrutura normativa, atinente à proteção jurídico-penal do meio ambiente, não é compatível com princípios fundamentais (legalidade estrita e estrita jurisdicionariade) concernentes ao modelo penal garantista, sendo possível sustentar a ilegitimidade interna ou em sentido estrito de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal.

Em linha de intelecção semelhante, José de Faria Costa<sup>263</sup>, apesar de não estar se referindo à legitimidade garantista nos termos técnicos ora tratados, sinaliza racionalmente para impossibilidade de se manter a legitimidade da intervenção penal, subvertendo princípios fundamentais de direito penal.

Nesse ponto, é cabível a seguinte observação: foi verificado, no bojo do tópico 5.2, que as indigitadas distorções penais e processuais penais acabam por provocar a inviabilidade da tutela jurídico-penal do meio ambiente sob a perspectiva do referencial teórico garantista. Isso porque, ante as deficiências identificadas, inúmeras são as dificuldades de se concretizar, com a observância ao modelo teórico e normativo garantista, a responsabilização penal do indivíduo que atenta contra o meio ambiente, transparecendo, ao final da abordagem, uma verdadeira proteção jurídico-penal simbólica.

Nesse sentido, importa ressaltar o entendimento de Eduardo Reale Ferrari, pelo qual a tutela penal do meio ambiente revela a incidência de uma criminalização inútil de nítida função simbólica, sendo inviável a intervenção jurídico-penal de cariz garantista na seara ambiental, em razão da necessidade de se respeitar as garantias penais e processuais penais, conforme visto anteriormente. Haja vista o esclarecimento que permeia os dizeres do referido doutrinador ao tratar da simbólica intervenção jurídico-penal ambiental, sendo digno de nota o trecho a seguir transcrito:

---

<sup>263</sup> COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 9, abril-junho de 2001, número 34, p. 25.

“A função do direito penal minimalista elimina, outrossim, a incidência de criminalizações e sanções inúteis, não fazendo sentido criminalizar condutas ambientais cujas descrições e conseqüências jurídicas são também previstas na legislação administrativa, não fazendo sentido simbolizar-se pessoalmente condutas ambientais já previstas no âmbito administrativo, cabendo ao legislador, antes da criminalização, verificar os motivos pelos quais o Direito Administrativo é ineficiente, sendo preferível antes da criminalização de condutas administrativas, alterar a estrutura do atual Direito Administrativo-sancionador, transformando-o em ramo mais independente e magistral, de nada adiantando legiferar na área penal, sem, entretanto, tentar alterar a estrutura do atual Direito Administrativo, configurando-se a legislação penal, mera pílula dourada que em nada resolverá a questão ambiental, servindo-se apenas para um falacioso e efêmero fim simbólico, que logo se esvairá em face da morosidade e das garantias irrenunciáveis da seara penal”.<sup>264</sup>

Sob esta perspectiva, relacionada ao direito penal simbólico, importa relembrar que a proteção jurídica do meio ambiente, conforme visto anteriormente (*vide* tópico 4.1 *supra*), surgiu em decorrência da estruturação da questão ambiental, proveniente do florescimento da conscientização social no sentido de que, de fato, ocorria uma incompatibilidade entre o desenvolvimento humano e a preservação dos recursos naturais.

Diante desta nova realidade sócio-política, em meio aos anseios do consciente coletivo pela preservação do meio ambiente, o Estado entendeu ser necessária a intervenção no âmbito ambiental, a fim de frear o avanço daquelas condutas não condizentes com a manutenção das reservas de recursos naturais, cada vez mais finitas.

Contudo, ao invés de se socorrer, somente, de meios de controle social menos traumáticos (*v.g.*, o Direito Civil e o Administrativo sancionador) e com idoneidade para conter a ocorrência das práticas lesivas ao meio ambiente, o Estado, buscando assegurar a nova objetividade jurídica concernente à tutela do meio ambiente, recorreu para o controle social mais drástico de todos, qual seja, a intervenção penal.

---

<sup>264</sup> FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organização: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1195/1196.

No contexto de instabilidade, inquietações e insegurança, no qual a criminalidade apresenta um crescimento exponencial, exsurge um meio de reação que conduz a uma aplicação mais *rotineira* da sanção penal, com vistas a uma coação psicológica de ordem negativa. É dizer, busca-se implementar uma política de prevenção, na qual tenta motivar o indivíduo a não praticar condutas delitivas repressivas com a sanção penal.

Não é outro o posicionamento assumido por Vladimir Passos Freitas e Gilberto Passos Freitas<sup>265</sup>, os quais ressaltam, ao tratar da criminalidade ambiental, a eficácia dissuasória da sanção penal, registrando que “o estigma de um processo penal gera efeitos que as demais formas de repressão não alcançam”.

Trata-se, decerto, de uma postura criminalizadora, a qual, todavia, “conta, ao menos em princípio, com o beneplácito da Opinião Pública”.<sup>266</sup> Ocorre que as interferências externas de ordem sócio-política não possuem o condão de, isoladamente, legitimar a intervenção penal. Nesse sentido, João da Costa Andrade<sup>267</sup> adverte que a legitimidade não pode ser aferida, unicamente, por meio do consenso social, uma vez que “tal consenso apenas nos permite observar aquilo que uma comunidade historicamente situada considera como os meios mais adequados à prossecução dos valores que essa mesma comunidade comunga”. Tal aceitação social não autoriza o Estado, ao enfrentar as novas formas de ilícitos, produzir e utilizar, indiscriminadamente, os tipos penais, descaracterizando o direito penal fundado na intervenção mínima. Sem embargo, o Estado não deve, ao fundamento de proteger bens jurídicos, pretender dar resposta à sociedade,

---

<sup>265</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 31/32.

<sup>266</sup> SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Económico*. São Paulo: Saraiva, 1981, cit. , págs. 42-43.

<sup>267</sup> ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal (elemento diferenciador entre o Direito Penal Económico e o Direito Penal de Justiça). In: COSTA, José Faria de (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.31).



procurando sobrestar as manifestações de indignação que surgem a todo o momento.<sup>268</sup>

Sob este viés, materializado na insegurança da sociedade e na correlata ânsia em obter respostas imediatas e contundentes (leia-se: controle social drástico – utilização do aparato penal) por parte do Estado, surge a política (perene) de emergência penal.

Com efeito, o ambiente propício para a propagação de um direito penal simbólico, caracterizado por uma amplitude sancionatória e pela defasagem da proteção dos bens jurídicos (constituindo simples política pública de apaziguamento), é uma sociedade permeada pela angústia concernentes a uma criminalidade crescente e cada vez mais desenfreada, decorrente, em muito, da hiperinflação legislativa.

Em relação ao referido direito penal simbólico, cumpre assinalar que a ele está, intrinsecamente, ligada uma “função” – não declarada – em relação às penas, qual seja: a de inculcar, nas pessoas, uma aparência de tranqüilidade, de segurança, ainda que momentânea. É mais um fenômeno relacionado com a consequencialidade da resposta penal; acredita-se que com a utilização *promíscua* do Direito Penal se resolve o problema da segurança pública. Iludem-se os cidadãos com uma falsa imagem de austeridade, de força e de poder, enquanto a criminalidade continua a crescer desenfreada e sem limites para a impunidade.

A rigor, não haveria que se falar em uma função simbólica inerente à pena. Porém, as respostas dadas pelos sistemas penais dos países fizeram com que esta “*pseudo-função*” ganhasse cada vez mais importância, aderindo, indissociavelmente, à verdadeira finalidade do Direito Penal em tutelar, de forma proporcional, os bens jurídicos postos em patamar fundamental.

---

268 CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.457.

Nesta mesma linha de raciocínio hermenêutico, vale registrar os dizeres de Juarez Cirino dos Santos acerca da criação de imagens fictícias concernentes à criminalidade, cujo propósito é legitimar as campanhas do Direito Penal Máximo. Confira doravante o trecho reproduzido:

“A teoria da linguagem permitiu descobrir o significado da projeção de imagens ou símbolos na psicologia do povo pelos meios de comunicação de massa, segundo o célebre teorema de THOMAS, assim formulado: situações definidas como reais produzem efeitos reais. Logo se imagens da realidade produzem efeitos reais, então seria desnecessário agir sobre a realidade para produzir resultados concretos, porque ações sobre a imagem da realidade seriam suficientes para criar efeitos reais na opinião pública – por exemplo, ações sobre a imagem da criminalidade têm sido suficientes para criar efeitos reais de alarme social, necessário para campanhas de lei e ordem desencadeadas com o objetivo de ampliar o poder político e legitimar a repressão penal”.<sup>269</sup> (Grifos insertos).

Ante esta conjuntura social pautada pela ânsia em obter respostas imediatas e contundentes, a pena, a punição e o castigo penal surgem como respostas eficazes e preventivas (sob a óptica do imediato!) contra a criminalidade; medidas destituídas de qualquer freio inibitório e apartadas da função precípua do Direito Penal, que é a de proteger bens jurídicos. Nesta mesma linha de inteligência, apresenta-se a posição sustentada por Leonardo Sica, transcrita a seguir:

“Ao lidar com as angústias mais prementes da população, o legislador penal, desidioso ou astuto e desobrigado de atender qualquer desígnio de Política Criminal (inexistente), cede à tentação populista de oferecer o Direito Penal como panacéia de todos os males que a afligem”.<sup>270</sup>

A política de emergência penal, portanto, representa uma resposta criminal - vista como eficaz pela sua essência contundente - em decorrência de imposições sócio-políticas subsidiadas pela insegurança/ânsia social, de um lado, e, de outro, pela opção legislativa em utilizar o sistema penal indistintamente.

---

<sup>269</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006, cit. , págs. 696-697.

<sup>270</sup> SICA, *Op cit.* , p. 82.

Diante da delineada conjuntura simbólica, verifica-se que o controle jurídico-penal, na seara ambiental, apresenta-se ainda mais inviável, uma vez que, para além de contrastar com o modelo normativo garantista, não consubstancia uma efetiva tutela penal do bem jurídico meio ambiente, e sim uma figura utilizada para fins meramente simbólicos (efeito dissuasório da sanção penal, estigmatização advinda do processo penal, apaziguamento social, dentre outros).

Em sequência, ao retornar à análise acerca da legitimidade garantista sob a perspectiva da legitimação externa, relembre-se que, tendo em vista o Texto Constitucional pátrio apresentar cariz garantista, o correlato sistema jurídico-penal é composto pelo vetor normativo da intervenção mínima. Nesse sentido, justificou-se tal ilação, considerando que o Garantismo Penal, encarado como uma estrutura de garantias aptas a tutelar e satisfazer direitos fundamentais, mantém relacionamento de compatibilidade epistêmica com o modelo de direito penal mínimo e, por conseguinte, com os seus desdobramentos teóricos, inclusive e especificamente com a intervenção penal mínima.

A partir dessa premissa teórica, verificou-se que a tutela penal do bem jurídico *meio ambiente* traduz uma manifesta dissonância frente ao princípio da intervenção mínima, especificamente, em relação ao corolário da subsidiariedade. De fato, o objetivo de o Direito Penal consubstanciar a última consequência jurídica a ser utilizada, apenas e tão-somente, quando verdadeiramente necessária (*ultima ratio*), resta flagrantemente esfacelado. Com efeito, não pode o Direito Penal vir a reprimir infrações, para as quais seja reconhecido outro meio formal (Direito Administrativo) de controle social, apto à realização da mencionada proteção.

Ante a construção teórica efetuada, verifica-se que a proteção jurídico-penal do meio ambiente é incompatível com o aludido modelo normativo de justificação política garantista (consubstanciado pelo direito penal mínimo e seu desdobramento teórico, ou seja, intervenção mínima), sendo possível sustentar

a ilegitimidade externa ou política de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal.

Finalmente, diante da integralidade das formulações teóricas desenvolvidas até o presente momento, é possível sustentar a ilegitimidade garantista, sob a dúplici perspectiva: interna e externa, de o Direito Penal reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente.

E por último, mas não menos importante, torna-se imperioso ressaltar que, por meio do presente trabalho, não se objetiva, em absoluto, empreender uma campanha pela impunidade das práticas (ilícitas) contra o meio ambiente. Pelo contrário, o que se deseja é, constatada a ilegitimidade garantista de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente, apontar a necessidade e a importância de outro meio formal de controle social, idôneo para tanto (Direito Administrativo), empreender a correlata proteção do mencionado bem jurídico.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

01) Verificou-se que a acepção prevalente do termo *Garantismo* corresponde ao *Garantismo Penal*, cuja teoria se relaciona com a exigência de máxima proteção dos direitos fundamentais em face do poder punitivo estatal;

02) Observou-se que são três as acepções extraídas da expressão *Garantismo*, a saber: a) *garantismo* enquanto modelo normativo de direito); b) *garantismo* consubstanciando uma teoria jurídica da validade e da efetividade; c) *garantismo* enquanto filosofia jurídica e crítica da política;

03) Constatou-se que a confusão entre a normatividade e a realidade - ou seja, a ausência de percepção quanto às distintas posições ocupadas pelos valores ético-políticos (externos) e pelas categorias normativas (internas) – viabiliza uma incontornável violação de princípios fundamentais garantistas;

04) Observou-se que a Epistemologia Garantista é estruturada com base em premissas teórico-filosóficas extraídas das seguintes doutrinas e correntes de pensamento: doutrina dos direitos naturais, teorias contratualistas, positivismo jurídico, as concepções utilitaristas do direito e da pena, dentre outras;

05) Verificou-se que os princípios da legalidade estrita e da estrita jurisdicionariade alicerçam, enquanto verdadeiros pilares, o esquema epistemológico garantista com vistas a assegurar o máximo grau de segurança jurídica e, por conseguinte, otimizar a tutela dos direitos assegurados aos cidadãos;

06) Observou-se que o princípio da legalidade deve ser encarado, de fato, como um princípio de caráter verdadeiramente garantista, ou seja, além de amparar e proteger a todos (independentemente de quem seja: desviante ou não desviante), a norma penal deve indicar – sem espaços para incertezas ou conjecturas – em quais situações o aparato jurídico-penal intervirá, a fim de evitar que o indivíduo seja surpreendido por uma intervenção penal abusiva e excessiva - realizada sem as necessárias limitações legais;

07) Observou-se que o princípio da jurisdicionariedade estrita, enquanto vetor das garantias processuais penais, assegura a verificação imparcial (e a falseabilidade) dos casos concretos, devendo ser observadas questões ligadas ao ônus da prova (a cargo da acusação) e aos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (garantidos ao acusado) no âmago de uma relação processual regida pelo princípio do devido processo legal;

08) Verificou-se a importância de se identificar os pilares principiológicos do modelo garantista no bojo de tópico preliminar, uma vez que tais princípios fundamentais consistem em premissa teórica que apoiou a hipótese estruturada no presente trabalho, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista;

09) Verificou-se que não há maiores diferenciações sobre a acepção do termo legitimidade, consistindo esta categoria político-jurídica em um atributo conferido a determinado objeto que se adéqua, sob uma perspectiva valorativa, a certa conjuntura (social, econômica e política), nos termos do modelo teórico escolhido;

10) Observou-se a diferenciação técnica entre legitimidade e legitimação. Legitimação consubstancia o processo de reconhecimento da legitimidade de certo instituto, ou seja, o procedimento pelo qual se verifica a compatibilidade, segundo determinado referencial, entre o objeto e o contexto no qual está inserido;

11) Constatou-se, a partir de uma simples e superficial leitura do Texto Constitucional pátrio, especificamente tomando como base o extenso e exemplificativo rol de Direitos e Garantias Fundamentais estampado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que o diploma normativo orientador e mantenedor da consolidação sócio-político-cultural pátria apresenta caráter garantista;

12) Optou-se pela Teoria do Garantismo Penal (referencial teórico selecionado com base constitucional) para enfrentar a ilegitimidade da Tutela Penal

Ambiental (objeto) nos quadros de um Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais (conjuntura sócio-político-cultural pátria);

13) Observou-se que as notas emblemáticas e que merecem destaque, no presente trabalho, acerca do paradigma neoconstitucionalista são as seguintes:

I) o Neoconstitucionalismo consubstancia a relevante tendência em efetivar ao máximo o conteúdo material das normas constitucionais e, por conseguinte, tutelar os direitos fundamentais assegurados aos indivíduos; e II) a afirmação da normatividade principiológica, tendo em vista o reconhecimento de que o Direito é composto por princípios;

14) Verificou-se que o fator de aproximação existente entre o paradigma neoconstitucionalista e o modelo garantista penal diz respeito à finalidade de tutelar direitos fundamentais assegurados aos cidadãos;

15) Registrou-se que a característica neoconstitucionalista, consistente na afirmação normativa principiológica, trata-se de uma premissa que deveria ser fincada em momento preliminar do trabalho, pois serviria de base teórica para sustentar a hipótese então estruturada, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista;

16) Observou-se que o Direito Penal Mínimo apresenta relação de estreita afinidade com o referencial teórico selecionado para lastrear as idéias desenvolvidas, ou seja, possui compatibilidade teórica com o Garantismo Penal, traduzido por um modelo teórico caracterizado pela presença de garantias aptas a tutelar e satisfazer direitos fundamentais;

17) Verificou-se que o Direito Penal Mínimo consubstancia um modelo teórico e normativo direcionado a minimizar a intervenção jurídico-penal, especificamente com a redução da criminalização, ou seja, por meio da minimização do rol de bens jurídicos sob tutela penal e, por conseguinte, pela diminuição dos tipos penais correlatos;

18) Atentou-se para o fenômeno da despenalização, pois as correlatas implicações mantêm relação direta com o quanto se verificou, a saber: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista. Isso porque a despenalização implica no esvaziamento da esfera de bens jurídicos postos sob tutela penal, operacionalizando a retirada de interesses (v.g., o meio ambiente) até então tutelados;

19) Assinalou-se que o modelo teórico e normativo de Direito Penal Mínimo consubstancia uma premissa que deve ser fincada em momento preliminar do trabalho, pois serviria de base teórica para sustentar a hipótese então estruturada, qual seja: a ilegitimidade de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz do referencial teórico garantista;

20) Verificou-se que a legitimidade garantista – traduzida pelos vínculos e limites impostos ao poder punitivo e pela máxima tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos – é classificada em legitimidade jurídica ou interna e legitimidade política ou externa, as quais devem ser analisadas em apartado;

21) Assinalou-se que, a despeito de ser necessária a interferência (que não se confunde com contaminação) axiológica sobre o fenômeno jurídico, o modelo garantista penal – justamente para evitar violações principiológicas e subjetivismos exarcebados por parte do aplicador do direito (contaminado por direcionamentos morais) – estabelece a aplicação do Direito Penal sob o espectro de uma dupla legitimação: a interna (técnico-jurídica) e a externa (princípios de justiça);

22) Verificou-se que, sob a perspectiva da legitimação interna, o intérprete deverá, para fins de aplicação do Direito Penal, analisar o requisito da validade jurídica - de determinada norma incriminadora - segundo princípios e regras contidas no próprio ordenamento jurídico. Assim sendo, se determinada estrutura normativa, atinente a uma proteção jurídico-penal (a exemplo da tutela do meio ambiente), não for compatível com princípios fundamentais concernentes ao modelo penal garantista (cujos pilares são legalidade estrita e



estrita jurisdicionariade), é possível, portanto, sustentar a ilegitimidade interna ou em sentido estrito da correlata seara punitiva à luz da Teoria do Garantismo Penal;

23) Verificou-se, sob o viés da legitimação externa ou justificação política, que o intérprete – efetuada a análise da legitimidade interna de determinada tipologia jurídico-penal – verificará, sob a influência de elementos de referência axiológicos externos (princípios de justiça), se a incidência normativa propiciará a máxima tutela dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.. Nesse ponto, registrou-se que o modelo normativo de justificação, traçado nos quadros do esquema garantista, possui conteúdo e contornos de direito penal mínimo, ou seja, a tutela jurídico-penal restará justificada, caso consubstancie o máximo bem-estar possível aos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário aos desviantes, sob a ótica fulcral da máxima proteção dos direitos e garantias fundamentais da integralidade dos indivíduos;

24) Verificou-se que, nos quadros do garantismo penal, determinada proteção jurídico-penal (a exemplo da tutela penal do meio ambiente) somente será legítima à luz da Teoria do Garantismo Penal, caso apresente compatibilidade: I) com os princípios fundamentais que otimizam as garantias penais e processuais, ou seja, a estrutura normativa interna do esquema garantista (cujos pilares são legalidade estrita e estrita jurisdicionariade); e II) com correlato modelo normativo de justificação externa;

25) Registrou-se que a consciência ambiental surge no hipocentro de um significativo abalo entre o desenvolvimento humano (quantitativo e qualitativo) e a preservação dos recursos naturais. Isso porque o aumento populacional (aspecto quantitativo) e o avanço industrial/tecnológico (aspecto qualitativo) são vetores que operam sob a ótica da infinidade, enquanto que as fontes ambientais, cada vez mais, são caracterizadas pela sua finitude;

26) Ao se verificar que o desenvolvimento humano estava em descompasso com a preservação do meio ambiente, a questão ambiental passou a ser

enfrentada e, por conseguinte, fora iniciada a busca por uma compatibilização, sendo estruturadas estratégias de desenvolvimento sustentável, o que acabou por tornar fértil o terreno no qual floresceu a consciência ambiental;

27) Observou-se que, no decorrer e no âmago de verdadeira mudança de paradigma, vale dizer, a partir da mencionada conscientização, especificamente nos idos da segunda metade do século XX, a questão ambiental superou o patamar de discussão político-econômica, sendo o meio ambiente inserido no rol dos interesses (bens jurídicos) sujeitos à tutela jurídica. Assim, a questão ambiental experimentou o fenômeno da juridicização, ou seja, fora incorporada no ordenamento jurídico, passando a ser disciplinada por normas jurídicas, o que determinou o surgimento da disciplina Direito Ambiental;

28) Sinalizou-se que o Direito Ambiental, ramo do Direito Público, apresenta natureza multidisciplinar, uma vez que se conecta a outras áreas do conhecimento científico para fins de embasar, sob uma perspectiva teórico-técnica, a tutela jurídica do meio ambiente;

29) Em razão do conteúdo político e da relevância do fenômeno ambiental, traduzido pela conscientização social, as Constituições mais modernas, especificamente a partir da década de 70 do século XX, passaram a conferir tratamento explícito/expresso ao meio ambiente no bojo dos correlatos textos constitucionais. No Brasil, seguindo-se a trajetória evolutiva de países como Portugal, Grécia e Espanha, fora consagrada a tutela jurídica constitucional-ambiental, a qual vem estatuída no artigo 225 da Constituição Federal de 1988;

30) Haja vista a grande quantidade de leis penais extravagantes que disciplinam a tutela do meio ambiente, verificou-se a consolidação do fenômeno da *hipercriminalização* traduzida pela inflação legislativa correlata à específica temática. Nesse sentido, observou-se que resta instalada uma incontornável insegurança jurídica, especialmente em razão da dificuldade de se conhecer a integralidade dos correlatos diplomas legislativos;

31) Verificou-se que o objeto de proteção (o meio ambiente) padece de uma extensa amplitude semântica, de cariz tipicamente polissêmico. Vale dizer, a expressão meio ambiente possui um caráter polifacético, inter-relacional, multidimensional, assumindo, no âmbito da linguagem jurídica, acepções diversas, eivadas de conteúdo vago e mutável, com contornos peculiares, fluidos e imprecisos;

32) Observou-se que o caráter inter-relacional da expressão meio ambiente é extraído do entendimento de que o Direito Ambiental apresenta natureza multidisciplinar, uma vez que se relaciona com outras áreas do conhecimento científico (química, biologia etc.) para fins de embasar, tecnicamente, a tutela jurídica do referido bem;

33) Registrou-se que o Direito Penal Clássico consiste em um instrumento de controle social formal de natureza garantista, sendo que sua correlata intervenção mínima deve ser caracterizada enquanto *ultima ratio*. Nesse sentido, pontuou-se que o Direito Penal Clássico é composto por instrumentos jurídico-penais norteados pelas proposições advindas da filosofia da Ilustração e pelas orientações de cariz garantista, ou seja, marcadas pelo limite do princípio da legalidade estrita e pela intervenção penal mínima;

34) Sinalizou-se que o Direito Penal Moderno deve ser enfrentado sob duas perspectivas: no âmbito formal e no sentido material. O Direito Penal Moderno Formal traduz o novo formato da legislação penal atual, caracterizada pela hipercriminalização e pelo rigor punitivo. Já no sentido material, o Direito Penal Moderno é encarado como modelo que representa a ruptura com a estrutura principiológica de cariz garantista, especialmente em face do princípio da intervenção penal mínima juntamente com seus corolários principiológicos: princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade;

35) Verificou-se que, na senda evolutiva dos fatos sociais, o sistema jurídico – leia-se: direito positivo, acompanhado da doutrina e da jurisprudência – vem, paulatinamente, acolhendo novas ordens de direitos, o que desemboca em

uma concepção que enxerga a intervenção penal ampliada, ou seja, desde a proteção a direitos individuais à tutela de interesses coletivos e difusos;

36) Observou-se que, em virtude do processo histórico de cumulação/complementariedade e reconhecimento progressivo de direitos fundamentais individuais e difusos, bem assim pela correlata consagração no Texto Constitucional, há setor doutrinário que defende a elasticidade da intervenção penal para fins de tutelar interesses difusos, universais ou supraindividuais;

37) Sinalizou-se que, muito embora o denominado Direito Penal Moderno constitua um modelo penal que representa uma ruptura com a estrutura principiológica de cariz garantista, não seria essa a tônica do presente trabalho, ou seja, não seria hasteada uma bandeira contrária, pura e simplesmente, à modernização da intervenção penal e, por conseguinte, à tutela penal de bens jurídicos transindividuais;

38) Verificou-se que as medidas repressivas, referentes à proibição das condutas contra o meio ambiente, não se esgotam nas de caráter penal. Pelo contrário, existem normas desta categoria tanto na seara administrativa, quanto na cível, dotadas de perfeita idoneidade para conter a devastação ambiental proveniente das atividades humanas;

39) Registrou-se que, ao extravasar os limites de uma intervenção penal mínima, o constituinte originário de 1988, de fato, assumiu posicionamento contrário à opção constitucional, conquanto implícita, de se valer do Direito Penal somente em casos excepcionais, ou seja, apenas em *ultima ratio*;

40) Verificou-se, a partir de uma interpretação lógico-sistemática e teleológica da Constituição Federal pátria, que a opção política assumida, no Texto Constitucional pátrio, conduz à inelutável conclusão de que fora proposto um modelo de criminalização mínima (Direito Penal Mínimo), nos termos da concepção utilitarista norteadora do referencial teórico garantista;

41) Verificou-se que a norma constitucional concernente à proteção do meio ambiente (artigo 225, § 3º, CF), ao revés de impor ao legislador ordinário a construção de um verdadeiro sistema normativo penal, corporifica, sim, uma opção dada no sentido de possibilitar a criminalização das infrações contra o meio ambiente. Com efeito, o legislador ordinário não está, necessariamente, obrigado a confeccionar legislação infraconstitucional concernente à tipificação penal das condutas atentatórias ao meio ambiente;

42) Registrou-se – considerando a opção constitucional por uma criminalização mínima, bem assim pela necessária compatibilidade que deve existir entre Estado Democrático de Direito e o referencial teórico garantista – que a tutela penal do bem jurídico ‘meio ambiente’ traduz uma manifesta dissonância frente ao princípio da intervenção mínima, especificamente, em relação ao corolário da subsidiariedade;

43) Vislumbrou-se que o bem jurídico *meio ambiente* não carece de proteção penal, porquanto existe alternativa apta e eficaz de proteção não penal na seara administrativa;

44) Verificou-se que setor doutrinário sustenta, tendo em vista que as infrações contra o meio ambiente não podem permanecer impunes, a necessidade de se estruturar um controle preventivo e repressivo, na seara administrativa, para combater, de forma rápida e eficaz, os ataques ao referido bem jurídico, segundo os ditames legais (e constitucionais) de um Direito Administrativo sancionador;

45) Verificou-se que a estrutura normativa correlata à tutela penal do meio ambiente, caracterizada por uma tipologia deficitária, apresenta-se em posição oposta às exigências de taxatividade penal, oriundas do princípio da legalidade estrita garantista. Com isso, percebeu-se que se estava diante de verdadeiras distorções penais, as quais conduziram a distorções na seara processual penal;

46) Verificou-se que a tipologia penal deficitária – caracterizada por termos e expressões vagas, obscuras e imprecisas -, além de prejudicar o juízo de

tipicidade, impõe obstáculos à própria confecção de uma prefacial acusatória formalmente apta. Com efeito, diante de uma arquitetura típica deficiente – permeada por remissões a conceitos técnicos oriundos de outras áreas do conhecimento –, o membro do Ministério Público enfrenta uma série de dificuldades para formular uma proemial acusatória capaz de possibilitar o exercício da ampla defesa por parte do acusado;

47) Registrou-se que tais dificuldades não superadas ao tempo da confecção da prefacial acusatória, a qual acaba por padecer do vício da inépcia, comprometendo, destarte, a observância ao princípio da ampla defesa (corolário do princípio do devido processo legal) e, em última análise, ofendendo o princípio da estrita jurisdicionariade ( pilar do garantismo penal);

48) Verificou-se, à luz do referencial teórico garantista, que as aludidas distorções penais (provenientes da tipologia penal ambiental deficitária e motivadoras da inobservância ao princípio da legalidade estrita) funcionam como verdadeiros catalisadores das distorções processuais penais (decorrentes da infringência principiológica e causadoras da inobservância ao princípio da estrita jurisdicionariade), as quais, em conjunto, ocasionam a inviabilidade da proteção penal ambiental à luz da Teoria do Garantismo Penal, uma vez que são inúmeras as dificuldades de se concretizar a responsabilização penal do indivíduo que atenta contra o meio ambiente;

49) Verificou-se que a estrutura normativa, atinente à proteção jurídico-penal do meio ambiente, não é compatível com princípios fundamentais (legalidade estrita e estrita jurisdicionariade) concernentes ao modelo penal garantista, sendo possível sustentar a ilegitimidade interna ou em sentido estrito de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal;

50) Verificou-se que a proteção jurídico-penal do meio ambiente é incompatível com o aludido modelo normativo de justificação política garantista (consubstanciado pelo direito penal mínimo e seu desdobramento teórico, ou seja, intervenção mínima), sendo possível sustentar a ilegitimidade externa ou

política de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente à luz da Teoria do Garantismo Penal;

51) Diante da integralidade das formulações teóricas desenvolvidas no bojo deste trabalho, fora possível sustentar a ilegitimidade garantista, sob a dúplici perspectiva: interna e externa, de o Direito Penal reprimir as infrações contra o bem jurídico meio ambiente;

52) Ressaltou-se que, por meio deste trabalho, não se objetiva, em absoluto, empreender uma campanha pela impunidade das práticas (ilícitas) contra o meio ambiente. Pelo contrário, o que se deseja é, constatada a ilegitimidade garantista de o Direito Penal reprimir as infrações contra o meio ambiente, apontar a necessidade e a importância de outro meio formal de controle social, idôneo para tanto (Direito Administrativo), empreender a correlata proteção do mencionado bem jurídico.

## 7. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade. No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ANDRADE, João da Costa. O erro sobre a proibição e a problemática da legitimação em Direito Penal (elemento diferenciador entre o Direito Penal Económico e o Direito Penal de Justiça). *In*: COSTA, José Faria de (Coord.). *Temas de Direito Penal Económico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Tradução: Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2006.

BACHOF, Otto. *Nomas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e Nota Prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Volume I.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 01*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. 02. 12ª Ed. Tradução: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Coordenação da Tradução: João Ferreira. Revisão Geral: João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília: LGE, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *A despolitização da legitimidade*. *In* Revista Trimestral do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Ano XX, Vol. XIX, nº 49. São Paulo: Brasiliense, 1988.



BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

CADERMATORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Campinas: Studium, 2007.

\_\_\_\_\_. *Estado de direito e legitimidade – Uma abordagem garantista*. 2ª Ed. Campinas, SP: Millennium, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. Precaução ambiental na era do direito penal secundário. In *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (coord.). Prefácio: Jorge de Figueiredo Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra [Portugal]: Coimbra Editora, 2006.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In: CARBONELL, Miguel (Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madri: Trotta, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Direito Penal Econômico e legitimação da intervenção estatal. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Spoleder de (Orgs.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal, Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Júris, 2006.

CORREIA, Eduardo. Introdução ao Direito Penal Econômico. In: *Direito Penal Econômico e Europeu: Textos Doutrinários. Volume 1*. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 2. Fasc. 2. Abril-Junho/ 1992. Director: Jorge de Figueiredo Dias. Editorial Notícias.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental : viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal Econômico*. Coimbra: Quarteto, 2003.

\_\_\_\_\_. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 9, abril-junho de 2001, número 34.

COUTURE, Eduardo J. *La garanzia costituzionale del «dovuto processo legale»*. In *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Doit. Antonio Milani. Vol. IX – Parte I, Anno 1954.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. *Legitimidade, certeza do direito e justiça*. In *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia*, nº 07 (jan. 1999/dez. 1999). Conselho Editorial: Prof. Hermano Machado, Prof<sup>a</sup>. Angelina Garcez, Prof<sup>a</sup>. Maria Auxiliadora Minahim, Prof. Nélon Cerqueira (convidado). Coordenadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebástian Borges de Albuquerque Mello, Daniela Marques e Jayme Baleeiro Neto. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999 – Anual.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*. In *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Volume I. Problemas Gerais. Instituto de Direito Penal Económico e Europeu; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Vol. 03. 3<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2009.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes de colarinho branco: por uma legitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e*

(neo)constitucionalismo. *Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. 2ª Ed. Tradução: Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

\_\_\_\_\_. *Derechos fundamentales*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo (editores). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2007.

\_\_\_\_\_. *Sobre los derechos fundamentales*. In: CARBONELL, Miguel (Editor). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. *A ilegitimidade da criminalização das condutas atentatórias ao meio ambiente*. In Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organização: Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues e Maria João Antunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A legitimidade pragmática dos sistemas normativos*. Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBBCRIM, 2008.

FÖPPEL, Gamil. *O princípio da legalidade como um ideal radicalmente garantista*. In *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Professor Fernando Santana*. Coordenador: Gamil Föppel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de; e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza: (de acordo com a Lei 9.605/98)*. 8ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRIEDE, R. Reis. *A garantia constitucional do devido processo legal*. In *Revista Justitia*. Publicada pela Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, vol. 172, pp. 1/467, out./dez. 1995.

GARCÍA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. In *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Ano 07. Número 12. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Apresentação do Professor Doutor Bernd Shünemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16ª. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: O fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: Jus Podivm, 2010.

\_\_\_\_\_. *A legitimidade de ontem e hoje – papel do juiz em tempos de globalização*. In Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, nº 06 (jan. 1998/dez. 1998). Conselho Editorial: Prof. Washington Luís da Trindade, Profª. Maria Auxiliadora Minahim e Profª. Nilza Maria Costa dos Reis. Organizadores: Luiz Cláudio Guimarães, Sebastián Borges de Albuquerque Mello e Sérgio Novais dos Reis. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1998 – Anual.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis*. In Revista do CEPEJ, v. 1 – 1988. – Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Ciência do direito penal contemporânea; v. 8).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Democracia e legitimidade*. In Revista de Direito Administrativo, Vol. 183 (jan./mar. 1990). Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 2008.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versão Castelhana de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 2003.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. *Crime de poluição: uma resposta do direito penal aos novos riscos*. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *Proteção penal do meio ambiente. Fundamentos*. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Paulo. *O clone da inquisição terrorista*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1319>>. Acesso em 10/07/2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 201.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega.

\_\_\_\_\_. ; ARZT, Gunther; TIEDEMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz (textos I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII), Ana Isabel de Figueiredo (texto X), Maria Fernanda Palma (texto XI). Lisboa: Vega, 1986.

SANTANA, Heron José de. *Princípios e regras de soft law: novas fontes de direito internacional ambiental*. In *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo: Fiuza, v. 01, 2005.

SANTANA, Selma Pereira de. *A tensão dialética entre os ideais de “Garantia”, “Eficiência” e “Funcionalidade”*. In *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana*. Organizador: Gamil Föppel. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos humanos y constitucionalismo*. Madri: Marcial Pons, 2004.

SERRANO, José-Luis. *Concepto, formación y autonomía del derecho ambiental*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O Novo em Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O devido processo legal. Uma visão pós-moderna*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOMILLO, Manuel Gómez. *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica Del derecho penal administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008.

WERLE, Denilson L. e SOARES, Mauro V. Política e Direito: A questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito *In Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas* – Organizadores: Marcos Nobre e Ricardo Terra. São Paulo: Malheiros, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pressupostos de Legitimação para se pensar a Justiça e o Pluralismo no Direito*. Em *Direito e Legitimidade* – Organizadores: Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2008.

\_\_\_\_\_. *Uma nova conceituação crítica de legitimidade*. In *Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 02, nº 05 (out./dez. 1993). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.