

# **VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO**

**ROGÉRIO GESTA LEAL**

**VLADIA MARIA DE MOURA SOARES**

**FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO**

**MÁRIO JOÃO FERREIRA MONTE**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Rogério Gesta Leal; Flávia Novera Loureiro; Mário João Ferreira Monte; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-478-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Criminal. 3. Direito ao público. 4. Delito. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



# VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

---

### **Apresentação**

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, dia 07 e 08 de setembro de 2017 de julho , sob o tema geral: “Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas, em parceria com a Universidade do Minho através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 11 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Num primeiro momento foi apresentado o artigo intitulado de : A terceira via como resposta penal em prol da tutela ambiental, onde a apresentação teve por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Buscando a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal, em seguida Conflito, Determinismo Social e relativização do mal : Traços que unem a dogmatica cidadania e hermeneutica constitucional, onde o autor expôs a importancia de estudo dos países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só,

é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão, num terceiro momento tivemos a apresentação do artigo intitulado Deveres de conservação de dados para fins penais: Uma reflexão sobre a normativa brasileira a partir dos precedentes da Corte de Justiça da Comunidade Européia, onde o estudo do ordenamento jurídico brasileiro se revela acerca dos deveres de conservação de dados para fins de investigação criminal e processo penal. A este efeito, o início do texto destaca a existência de novos riscos tecnológicos e sua influência no âmbito da persecução penal. Após, são examinados os precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre a conservação de dados para fins penais. Ao final, o estudo é direcionado à normativa brasileira, com especial destaque às Leis 12.850/2013 e 12.965/2014.

Por conseguinte tivemos a apresentação do artigo intitulado Direito Internacional e Soberanias: Viabilidade de Integração de valores globais a partir do sistema latino americano, com ênfase na internalização das regras do Tribunal Penal Internacional, o qual aderiu grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, traz dúvidas na aplicação de suas regras. Basta que os princípios da Lei Maior prevejam hierarquia e interpenetração com normas internacionais, ou é necessária uma adaptação cultural? Por fim, é perguntado se não seria o caso de, aproveitando as proximidades culturais e de legislação interna, propor alterações constitucionais para a criação de um Tribunal Penal Latino-Americano, dando continuidade aos trabalhos a exposição do artigo A Tipificação Penal do Preconceito Racial no Brasil veio trazendo novas nuances sobre o preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica novas e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Por conseguinte a coordenadora desse GT trouxe os questionamentos sobre os Limites ao ativismo Judicial em Matéria Criminal: Uma reflexão sobre o aborto de anencéfalos a partir da ADPF número 54, onde a mesma não se discute apenas inconstitucionalidade de um código, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma análise crítico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem

contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciário em material penal. Dando prosseguimento ao artigo a ser publicado *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* - Um absoluto Direito absoluto trouxe o choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinárias. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Finalizando os trabalhos tivemos mais quatro artigos apresentados que trouxeram questionamentos importantes como O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: compatibilidade no Direito Penal Brasileiro? Onde o trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais. É bastante controversa a delimitação do elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais, sobretudo no que tange à admissibilidade do dolo eventual. Nessa linha, discute-se a possibilidade de inclusão ou adaptação da cegueira deliberada (*Wilful blindness*) no direito brasileiro, seja como uma forma equiparada ao dolo eventual, seja como um elemento subjetivo próprio e autônomo, logo em seguida a apresentação se baseou no artigo sobre O Populismo penal e o ativismo judicial punitivista - A delação premiada como falsa harmonização do sistema de justiça penal em sociedades plurais e não reflexivas onde se examina o conflito entre a criminalização primária simbólica face o atual ativismo judicial punitivista com falsa sensação que o sistema de justiça penal é eficiente e produz resultados. Parte-se da premissa que em sociedades plurais, multiculturais e pouco reflexivas, aliado a crise do Estado-jurisdição em vários países, o instituto da delação premiada acaba por assegurar uma falsa verdade real com o espectro de afastar dilemas morais historicamente relacionados a figura do traidor para a elucidação e ruptura da organização criminosa. A penúltima apresentação trata do assunto O Supremo Tribunal Federal e o Aborto: Houve a descriminalização Parcial no Acórdão do HC número 124.306/RJ? Que veio analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou *erga omnes*. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF nº 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Por derradeiro o artigo apresentado foi sobre a Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico Penal, onde vemos que o Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Assim demos encerramento as apresentações e aos debates do Grupo de Trabalho, parabenizando e agradecendo aos autores dos trabalhos que compõe essa obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadores(as):

Mário Monte (UMinho)

Flávia Loureiro (UMinho )

Rogério Gesta Leal (Unoesc)

Vladia Maria de Moura Soares (UFMT)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **A TERCEIRA VIA COMO RESPOSTA PENAL EM PROL DA TUTELA AMBIENTAL**

### **THE THIRD WAY AS A CRIMINAL RESPONSE FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION**

**Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O artigo tem por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Busca a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal.

**Palavras-chave:** Ambiente, Tutela, Direito penal, Terceira via, Método teórico

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article aims to highlight the reparation of damage as adequate criminal response for protection of environment. It seeks to reflect, through the functions of criminal law, on an outcome that is at one and the same time appropriate to society and to effective integrity of diffuse good. The text has as theoretical reference the proposal of Claus Roxin of insertion of the repair of the damage as an autonomous answer to be given by the criminal law. The method is theoretical and deductive reasoning. The hypothesis is that environmental recomposition can be achieved with and by criminal law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Environment, Guardianship, Criminal law, Third way, Theoretical method

---

<sup>1</sup> Pós-doutor pela Università Degli Studi di Messina/IT. Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado da ESDHC. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG

## 1 INTRODUÇÃO

As múltiplas razões pelas quais o homem e as empresas agridem hoje o ambiente nortearam o raciocínio de um texto que, por considerar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à própria vida dos seres das presentes e futuras gerações, reclama a melhor intervenção penal para a proteção do bem jurídico de tamanha envergadura.

O caráter de *ultima ratio* do direito penal faz com que este tenha como objeto apenas os bens jurídicos do mais alto quilate, aqueles que por sua dignidade jurídica reclamam não apenas uma tutela jurídica, mas também a jurídico-penal.

Assim, necessário é, como pontos primeiros, tratar da função primordial do direito penal como tutor de bens jurídicos e da importância do meio ambiente como bem apto a ser protegido pelo direito penal.

Todavia, não se trata de tarefa fácil discorrer sobre a proteção penal de bens difusos já que toda a dogmática secular foi desenvolvida sob a ótica da tutela do bem individual. Assim, tópico específico versará sobre a prestabilidade do direito penal para a tratativa de bens difusos e trará a abordagem sobre modificações dogmáticas necessárias para o desempenho desta tarefa, dentre as quais o voltar de olhos para o futuro, para a prevenção e não mera e simplesmente retrospectiva.

Não se apregoa, contudo, e longe disso, um abandono dos princípios clássicos, secularmente reitores de um direito penal garantístico. Por isso, sob a ótica da estirpe do bem jurídico defendido, o texto defenderá que a resposta penal adequada ao chamado direito penal retrospectivo, dos “danos já ocorridos”, é a reparação/recomposição como alternativa à desmesurada aplicação de penas privativas de liberdade. O objetivo é demonstrar que tal resposta, uma vez que ocorrido o dano, a um só tempo poderá atender os interesses sociais de tutela do bem e de punição ao agente.

O referencial teórico utilizado é a exposição roxiniana sobre a terceira via como resposta penal, o que preencherá o objeto primordial do texto, qual seja, sustentar que a medida descarcerizadora que recompõe o bem jurídico degradado mais convém à sociedade.

Trata-se de pesquisa teórica que se valeu de dados primários e secundários consistentes na exposição de textos legislativos e doutrinários, e do raciocínio dedutivo capaz de sustentar a síntese de que o ambiente é merecedor de tutela penal e que o



direito penal pode contribuir, em muito, com a terceira via, para a preservação ambiental. A legislação brasileira será o modelo argumentativo utilizado.

À pergunta, portanto, acerca da razão pela qual a terceira via é aquela mais adequada à tutela de tão caro bem jurídico, tem-se a hipótese de que é ela que proporcionará, como resposta penal, a reparação do dano causado e a recomposição ambiental.

A justificativa que impulsiona a pesquisa, já clarificada, reside na difusão de uma resposta penal mais condizente com os anseios sociais de um meio ambiente equilibrado, apto aos desígnios pelos quais se busca a sua própria tutela.

## **2 A TUTELA DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL**

Como revela Paulo Queiroz (2008, p. 28), em princípio, como ramo do direito que é, o direito penal tem uma função não muito ambiciosa, qual seja, a de permitir a convivência social por meio da pacificação de conflitos. Todavia, tal ponderação não diferencia o direito penal dos demais ramos do direito, motivo pelo qual há que se investigar qual é a tarefa específica deste ramo do direito, o que longe está de ser uma unanimidade na doutrina.

Nesse aspecto, convém dizer que autores como Bettiol (1976, p. 179) sustentam que o direito penal deve orientar-se pela ideia de retribuição justa, o que acentua o caráter ético de suas considerações, aproximando-o de Welzel, para quem, a partir da distinção entre valor do resultado e valor da ação, a função do direito penal é proteger os mais elementares valores éticos-sociais da ação (WELZEL, 1993, p. 5).

Noutra senda, Jakobs ressalta que o direito penal obtém sua legitimação material na garantia de vigência das expectativas normativas essenciais, quais sejam aquelas das quais depende a configuração ou mesmo a própria identidade da sociedade. Para ele, a missão do direito penal é a proteção da vigência da norma (JAKOBS, 1997, p. 44-45). Noutro aspecto, sustenta Christoph Burchard (2013, p. 42-46) que o direito penal deve atrelar-se à ideia de proporcionalidade, na medida em que deve incutir no julgador o atento exame da coerência entre os fatos e consequências jurídicas decorrentes do próprio direito penal. Estaria, portanto, assentada sua teoria, que se baseia em decisões do Tribunal Constitucional Alemão, no sentido de que a função do direito penal está alicerçada na orientação pelo respeito ao princípio da proporcionalidade na análise do caso concreto.

Todavia, é na proteção, fragmentária e lacunosa, ao bem jurídico, que se assenta a posição doutrinária majoritária a respeito da função do direito penal, o que se tem por premissa neste trabalho não apenas por ser ele, bem jurídico, o orientador da conduta do legislador ao selecionar, em face do carácter subsidiário e seletivo do direito penal, aqueles bens que são efetivamente dignos de tutela penal, como também por legislar com vistas à proteção deste bem jurídico em face de eventuais e futuras lesões ou ameaça de lesões a ele. Sustenta Roxin, nesse sentido, que o bem jurídico é digno de dupla proteção: através e ante o direito penal (1993, p. 28) e que, de forma a afastar com que este se ocupe de condutas meramente imorais, o bem jurídico serve como parâmetro político-criminal à crítica legislativa, decorrendo, disso, “que o legislador só pode sancionar penalmente a violação ou a exposição a perigo de bens jurídicos” (ROXIN, 2013, p. 290).

Adotada, então, a teoria do bem jurídico como parâmetro para a própria justificativa de atuação do direito penal, cumpre perquirir, para efeito de direcionar o diálogo para a proteção ambiental proposta, se o bem jurídico coletivo, como o meio ambiente, encontra-se na esfera de proteção penal. Nesse sentido, imperiosas as considerações de Figueiredo Dias no sentido de que compete ao direito penal, e não o contrário, adequar-se ao advento de uma forma de sociedade, que deve assumir a ruptura epocal com um passado não muito distante<sup>1</sup>, ante aos riscos globais, atômicos, àqueles proporcionados pela engenharia genética, pelo superaquecimento, pela criminalidade organizada, e que fazem com que o direito penal não possa ignorar a existência de tais bens jurídicos. Nas palavras do Catedrático de Coimbra, os bens jurídicos coletivos

devem ser antes aceitos, sem tergiversações, como autênticos bens jurídicos universais, transpessoais ou supraindividuais. Que também esta categoria de bens jurídicos possa reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa, eis o que não será lícito contestar. O carácter supraindividual do bem jurídico não exclui decerto a existência de interesses individuais que com ele convergem: se todos os membros da comunidade se veem prejudicados por condutas potencialmente destruidoras da vida, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Mas se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva inclusivamente à extinção de alguma espécie rara, também aí pode verificar-se a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização por parte do homem. Não parece possível descortinar aqui, ao menos em via de princípio, ofensa de um qualquer bem jurídico individual, possibilidade de

---

<sup>1</sup> No qual, em nível de direito penal, cultuava-se a proteção exclusiva de bens jurídicos individuais.

referência a ele ou cadeia dedutiva que a ele conduza. E todavia, as aves referidas, se bem que não «utilizáveis» por quem quer que seja, já nascido ou ainda não nascido, constituem um patrimônio de todos. Se as não protegermos as gerações futuras não terão a possibilidade de as apreciar, apesar de que nós tenhamos podido fazê-lo! (DIAS, 2003, p. 52)

Por se tratar, pois, de bem jurídico de valiosa estirpe, há espaço para a tutela ambiental pelo direito penal, que deve prever mecanismos adequados de proteção cuja importância será abordada doravante.

### **3 A IMPORTÂNCIA DA TUTELA MEIO AMBIENTE**

Afirmado no plano da terceira geração ou dimensão dos direitos humanos, o meio ambiente equilibrado foi desenvolvido, por sua peculiaridade de bem necessário para a vida permanente das presentes e futuras gerações, no âmbito da quarta geração de direitos, consoante a Carta da Terra ou Declaração do Rio de 1992, o que se repetiu no Manifesto de Tenerife e em diversos Encontros e Convenções mundo afora, sendo, recentemente, amplamente discutido no âmbito da COP 21, realizada em Paris<sup>2</sup>. Isso porque, como sustenta Sampaio (2010), o conteúdo dos direitos ganhou diversidade tanto em relação aos seus titulares, como em relação às novas pretensões tuteladas, dentre as quais as

de projeção solidaristas, também conhecidas como direitos de fraternidade ou direitos coletivos, que demandam uma ação conjunta de todos os membros da sociedade, seja nacional, seja internacional, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à autodeterminação, à paz, ao desenvolvimento econômico e social ou à justiça distributiva internacional, à soberania sobre os recursos naturais, direitos à biodiversidade [...] (SAMPAIO, 2010, p. 228).

É certo, todavia, como ressalta Teixeira (2008), que o meio ambiente saudável como direito da pessoa humana não figurava na pauta de preocupações do homem e da sociedade à época das lutas que resultaram na conquista de direitos civis e políticos posteriormente declarados, nem tampouco das aquisições de direitos sociais e econômicos em decorrência dos movimentos sociais, sendo reconhecido, até a metade do século XX, como mero agregado do direito de propriedade. Contudo,

---

<sup>2</sup> Vivemos, afinal, “in a time when the environment claims for conservation and protection through international conventions, acts and treaties, from Stockholm (1972), passing by Tbilisi (1977), Copenhagen (1995), Rio 92 and Rio + 20, to the COP 21 (UN Climate Change Conference) in Paris” (BIZAWU; GOMES, 2016, p. 13).

o ritmo acelerado e intenso das investidas antrópicas contra os bens naturais, e o conseqüente crescimento assustador da devastação ambiental, despertou a percepção para os riscos e perigos que tais intervenções poderiam ocasionar para o meio ambiente e, assim, para o espaço indispensável à vida digna e saudável dos seres humanos, com o possível comprometimento das gerações futuras. [...] Isso fomentou o ideal de defesa e proteção desse direito, que, por ser indispensável ao homem, mereceu ser elevado para o nível de direito fundamental. (TEIXEIRA, 2008, p. 227).

Daí a alvissareira e pujante consciência ambiental social, que foi desenvolvida sobremaneira nas últimas décadas, e que passou a impor os governantes e aos políticos novas maneiras de agir e pensar, em prol da necessidade e dos reclamos por vida mais saudável, sem poluição, sem degradação, sem destruição. Novos partidos e organizações com bandeiras e discursos ambientais surgem a cada ano, numa clara demonstração da preocupação da sociedade com o meio ambiente.

O reflexo dessa ambientalização pode ser observado em vários ramos do direito e em vários institutos. Do direito penal ao direito civil, passando pelo direito administrativo e do trabalho, apenas para citar alguns ramos, em todos se observa a influência do direito ambiental através das suas regras e princípios.

Afirmado, pois, como direito humano, o meio ambiente equilibrado mereceu destaque, em face da importância acima destacada para a vida das presentes e futuras gerações, como direito fundamental constante nas Cartas Constitucionais de diversos países, como Brasil, Portugal e Espanha, citados aqui apenas a título de exemplo dentre tantos outros países que o incorporam aos seus textos constitutivos.

No Brasil, o artigo 225, da Constituição Federal de 1988, trata do assunto prevendo o direito de todos ao meio ambiente equilibrado, tido como “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”. Observa-se, pois, que a Constituição consolidou o meio ambiente equilibrado como direito fundamental (direito de todos constitucionalizado), sendo imperioso destacar, até mesmo pela oponibilidade do direito aos agressores, pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, que se trata de um direito de todos e de cada um, sendo ele de ordem subjetiva, individual, e, ao mesmo tempo, difusa.

Dispõe a Constituição portuguesa de 1976, no artigo 66, constante da Parte I, que trata “Dos direitos e deveres fundamentais”, que

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.

2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

Há, pois, em Portugal, tal como no Brasil – o que também é realidade em grande parte das Constituições mundiais – a consagração constitucional do meio ambiente como direito fundamental, e, por isso, Canotilho, dada a envergadura emprestada a ele pelo constituinte, chega a adjectivar a Constituição portuguesa como “Carta Verde” (2000, p. 227).

No caso da Espanha, o Meio Ambiente é tratado, em sede Constitucional, no artigo 45, que compõe o “Título Primero”, exatamente aquele que versa sobre “Los Derechos y Deberes Fundamentales”, o que revela a importância atribuída a ele, Meio Ambiente, como direito fundamental. Esta é a redação do artigo:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Vê-se, pois, a magnitude do ambiente e seu estofamento de molde a ser considerado como bem jurídico de primeira grandeza, sujeito a toda sorte de preocupação pelo direito penal como adiante se discorrerá.

#### 4 A TUTELA DO BEM DIFUSO PELO DIREITO PENAL

O direito penal, como ramo do direito que é, possui a função de permitir pacificação social e, conseqüentemente, a própria vida em sociedade. Todavia, se tal função é comum aos ramos do direito em geral, o que o diferencia das demais disciplinas? Qual a razão de ser do direito penal se os demais ramos do direito possuem funções comuns a ele?

Para formular resposta às perguntas acima destacadas, cumpre dizer que o direito penal, por ser mais aflitivo, principalmente em razão das penas privativas de liberdade que o diferenciam das demais disciplinas, é menos indulgente e, por isso, carrega consigo uma vasta gama de princípios de garantia ao cidadão, inclusive contra a própria onipotência do Estado.

A tutela dos bens jurídicos mais caros à sociedade, base sobre a qual se defende a mínima intervenção do direito penal<sup>3</sup>, é, por excelência, o ponto de partida para a compreensão daquilo que deve ou não ser objeto de tutela desse ramo do direito. E é nesse contexto de importância do bem a ser tutelado que não pode ser ignorado um papel qualquer ao direito penal em questões que dizem respeito à própria subsistência da vida planetária, o que também justifica o fato de que os bens, por excelência indispensáveis à subsistência do próprio homem, fiquem fora do campo de ação do direito penal.

Destaca-se, no entanto, que a dificuldade de se aceitar que o bem jurídico difuso possa ser objeto de tutela penal não diz respeito à sua assunção como objeto material da conduta humana. Quanto a isso, aliás, boa parte dos códigos penais mundiais do século passado já traziam, a título de exemplo, os crimes de incêndio e de epidemia como infrações penais de proteção à sociedade e dos interesses transindividuais<sup>4</sup>. A ideia de que uma autorregulação possa vir a resolver as questões afetas à pós-modernidade é tema superado, mesmo porque significaria pedir “ao mercado – na verdade, o mais autêntico produtor das dificuldades e desesperanças da sociedade técnica industrial – o remédio para a doença que ele próprio inoculou” (DIAS, 2003, p. 47), o que levaria à renúncia de um “modelo de vida que fez do

---

<sup>3</sup> Não se trata de uma mera e simples tutela de bens jurídicos, mas da tutela de bens jurídicos mais importantes à sociedade (daí o caráter fragmentário do direito penal), em casos de ofensa significativa a eles (razão pela qual não existe sequer tipicidade material no chamado “crime bagatela”).

<sup>4</sup>No caso brasileiro, desde a década de 40 do século passado, o Código Penal já trazia as figuras do incêndio (artigo 250) e epidemia (artigo 267) como exemplo dos chamados crimes contra a incolumidade pública.

consumo o seu próprio motor e do aumento da produção o orientador de quase todo o conhecimento” (DIAS, 2003, p. 47).

A grande questão diz respeito ao fato de que a magnitude do bem jurídico difuso reclama ações prognósticas e não retrospectivas, o que significa dizer que o direito penal deve renunciar a ideia de lesividade como um princípio basilar que reclama dano efetivo – e, assim, pretérito - ao bem jurídico tutelado. Este o desafio a ser superado, uma vez que, por tradição, o direito penal remonta ao passado, o que levou Cornelius Prittwitz a sustentar, em Congresso sobre globalização, risco e meio ambiente realizado em Granada, Espanha, que “o Direito Penal é o único ramo do Direito que não conhece sentenças direcionadas explicitamente ao futuro” (2013, p. 63). Contudo, como sustenta Figueiredo Dias, compete à dogmática penal ajustar-se ao novo da vida, e não o contrário. Afinal,

não haverá mais lugar para um pensamento que, como o mocho, levanta voo só ao anoitecer, que deixa as coisas acontecer para depois tentar remediá-las e cuja intervenção é por isso por essência retrospectiva e não prospectiva, conservadora e não propulsora, aniquiladora e não protectora das vítimas do sistema, que somos todos nós (DIAS, 2003, p. 47).

Não se trata, no entanto, de tarefa simples, já que a tradição individualista de tutela do bem jurídico engessa a dogmática penal de tal forma a contemplar a responsabilidade penal subjetiva como aquela que, sem exceções, deve ser a adotada pelo direito penal. É preciso, todavia, não ignorar que o homem é um ser social e que a viabilidade, tanto quanto mais possível, dos sistemas de proteção coletiva ante as exigências pós-modernas de vida em uma sociedade globalizada orientam, como já falado em tópico anterior, a necessidade de uma nova política criminal.

A tutela penal de bens jurídicos de natureza difusa diz, pois, respeito à própria vida do direito penal, que tem, como ramo do direito que é, uma função precípua de pacificação social em uma sociedade que vê, cada dia mais, a existência de conflitos envolvendo bens jurídicos coletivos e difusos, como aqueles que envolvem a agressão ao ambiente.

Assim, não é dado ao direito penal o privilégio de ignorar a existência de novos bens jurídicos que, de forma fragmentária e subsidiária, devem ser objeto de tutela penal. Daí poder-se até mesmo sustentar que novos interesses, assim considerados por Silva Sánchez (2011), conduzem a uma nova política criminal que deve ensinar a tutela de bens jurídicos coletivos. Afinal,

el derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya la aparición de nuevos bienes jurídicos – de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes -, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían – o no con la misma incidencia -, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas (SÁNCHEZ, 2011, p. 11).

Se, a título de exemplo, o meio ambiente, como bem jurídico difuso cujo equilíbrio é hoje reclamado como condição da própria sobrevivência humana, de presentes e futuras gerações, não pudesse ser tutelado pelo direito penal, como seria possível sustentar que este, como ramo do direito que é, fosse instrumento de pacificação social e, mais especialmente, de defesa dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade?

Se, portanto, a transformação dogmático-penal se fizer necessária por meio da chamada tutela de perigo abstrato<sup>5</sup>, da consagração dos chamados delitos de acumulação<sup>6</sup> ou da administrativização do direito penal<sup>7</sup>, fato é que, se preenchidos estiverem conceitos mínimos de taxatividade e determinabilidade da lei penal, tais transformações devem ser aceitas sem tergiversações, por se tratar de questão afeta não apenas à sobrevivência humana, mas também, e principalmente, no tocante aos objetivos do trabalho, como condição para a própria existência do direito penal, ou, pelo menos, de sua legitimidade social.

---

<sup>5</sup>“Esta categoria de delitos é cada vez mais utilizada pelo legislador, como técnica de tipificação de condutas, para fazer frente aos novos contextos de riscos, em que se quer evitar a ocorrência de resultados danosos, por meio da antecipação da incidência da atuação estatal. A intensificação da utilização dos crimes de perigo abstrato e sua aplicação em novos âmbitos de atividades passam a ser o instrumento nuclear da política criminal e, por isso, devem ser analisadas diante dos fins de um direito penal de um Estado Democrático de Direito”(BOTTINI, 2010, p. 23). Em tais delitos a relação entre a ação e o bem jurídico tutelado é particularmente longínqua.

<sup>6</sup> Segundo os quais a esfera de punibilidade estaria preenchida somente com a provável acumulação dos comportamentos capazes de gerar, como na poluição, um resultado danoso. Isso, para os críticos, gera uma culpabilidade por fato de outrem, não compatível com o direito penal da culpa. Conforme Figueiredo Dias, a decisão de se permitir e punir tal ou qual delito de acumulação é “verdadeiramente difícil e que tem de ser cuidadosamente ponderada, nomeadamente em função das aquisições parcelares definitivas que vão sendo feitas pela Ciência”. (DIAS, 2003, p. 58).

<sup>7</sup> Pela observância, cada vez mais presente, de preceitos administrativos no corpo do tipo penal e, ainda, pela punibilidade da desobediência administrativa quando o direito administrativo não se mostrar forte o bastante para coibir a conduta comissiva ou omissiva. Diante dessa realidade e nos dizeres de Renato de Mello Jorge Silveira, ao se confundirem as instâncias, o direito penal assume a função de reforço na gestão ordinária da Administração, formatando-se verdadeira acessoriedade administrativa junto ao âmbito penal (2006, p. 143).



## 5 A TERCEIRA VIA COMO RESPOSTA PENAL

As linhas antecedentes consignaram a importância do ambiente como bem jurídico apto a ser tutelado pelo direito penal que, do ponto de vista da efetiva tutela do bem difuso, deve passar a pensar em respostas prognósticas, não condizentes com o direito penal meramente repressivo e que espera o dano ocorrer para que possa efetivamente atuar. Todavia, é equivocado pensar que a estrutura dogmática e principiológica secular tão duramente conquistada e que dá estofa ao direito penal clássico deva ser abandonada. Se é certo que os bens jurídicos difusos exigem um repensar dogmático para fins de uma maior e melhor tutela, sobretudo aquela que alcance a incolumidade do bem jurídico penalmente tutelado, não menos certo é dizer que o olhar para frente não pode conviver com o paradigma jurídico-penal iluminista que já nos acompanha e que por certo, como sustenta Figueiredo Dias (2003, p. 58), também alcançará progressos mesmo no seio da sociedade de risco.

É nesse sentido a defesa de que, do ponto de vista do direito penal repressivo, devem ser realizadas construções aptas à incolumidade do bem objeto de tutela. Apregoa-se, assim, que o direito penal esteja apto a, mesmo diante do dano causado, proporcionar, como uma sua resposta autônoma, a reparação do dano.

Claus Roxin, consagrado professor da Universidade de Munique, entende que os fins de pena são de prevenção – geral e especial -, incumbindo ao Direito Penal a proteção seletiva de bens jurídicos de lesões ou perigo de lesões. Defende que “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”. (ROXIN, 2006, p.16-17).

Nesse contexto, a reparação do dano como medida penal autônoma no âmbito das penas e medidas de segurança (respostas penais tradicionais), funda-se no princípio da subsidiariedade do direito penal e no emprego necessário e proporcional de medidas menos gravosas, que atendam, todavia, aos fins do direito penal e aos interesses da vítima, de forma a reservar a sanção mais gravosa, a pena privativa de liberdade, para as hipóteses de *ultima ratio*, ou seja, para os crimes mais graves e intoleráveis.

Assim como a medida de segurança substitui a pena em razão do princípio da culpabilidade, a reparação do dano substituiria ou atenuaria por completo a pena para os

casos em que convenha aos melhores fins do direito penal e às necessidades da vítima, em razão do princípio da subsidiariedade. (ROXIN, 1992, p. 155)

Segundo Roxin, quando o sistema penal possibilitar ao infrator a reparação do mal que causou, por sua própria vontade, não haveria necessidade da pena, considerando que a reparação voluntária demonstra que o infrator alcançou os fins de prevenção geral e especial que a pena haveria de cumprir.

Para ele, então, a reparação do dano deve consistir em resposta autônoma do direito penal que tangencia o direito civil, na medida em que compensa o dano e ainda atinge os fins da pena.

Deve-se advertir, no entanto, que defender a reparação do dano como resposta penal autônoma pode soar, num primeiro momento, a defesa de uma própria descaracterização do direito penal, considerando ser a função reparatória reservada ao direito civil. Essa é, contudo, uma ideia que advém da era de afirmação da autonomia entre direito civil e direito penal, segundo a qual o primeiro visa à composição do dano à vítima – interesse individual -, e o segundo à aplicação de uma punição estatal ao infrator da norma – interesse social.

A evolução do sistema e da dogmática penal introduziu a preocupação com a vítima, o que contribuiu para a cientificidade da vitimologia decorrente da frustração com um modelo de justiça penal que não considera(va) a vítima no processo penal, salvo como meio de prova.

Destarte, o dogma da reparação como função exclusiva do direito civil vem se relativizando, com a introdução da preocupação com a vítima na justiça penal, em face, principalmente, de uma maior atenção com as formas de reparação do dano causado pela infração.

Esse pensamento reaproxima o direito penal do direito civil e tem por finalidade aproximar o sistema jurídico da realidade social. É preciso despir-se da convicção de necessária separação ontológica entre direito civil e direito penal do século XVIII para discutir o efetivo alcance social do sistema jurídico para as demandas da sociedade do século XXI.

Nas palavras de Cláudio do Prado Amaral (2005, p. 141), “esse conceito de reparação penal, diferentemente da civil, tem não só um componente material que consiste na indenização, mas sobretudo um componente ideal e interativo consistente no mencionado restabelecimento da paz jurídica”.

Não se defende o fim da autonomia entre as searas civil e penal, mas sim que a dogmática enfrente a discussão dos pontos de intercessão entre as áreas de responsabilização. Observe-se que é a voluntariedade na reparação do dano pelo infrator que traz a tônica de distinção da indenização civil do dano e justifica a caracterização de resposta penal autônoma, dado que representa a real assunção de responsabilidade pelo infrator, concretizando as funções preventivas especiais da pena.

A crise do modelo de justiça penal pela insuficiência do caráter repressivo traz à tona a discussão da índole reparatória:

Hodiernamente, o ressurgimento do interesse na reparação da vítima de crime encontra-se relacionado à crise de legitimação da política criminal tradicional – crise do modelo penal fundado em sanções de caráter repressivo, mormente na pena privativa de liberdade – bem como, com uma crise do modelo de ressocialização. De modo que a sociedade é ‘induzida a procurar novos modelos de instrumentos sancionatórios’. Donde, indubitavelmente, diversos fatores concorrem, no mesmo tempo histórico, para impulsionar uma política criminal de índole reparatória. (CÂMARA, 2008, p. 198)

É de se convir que a reparação do dano não será possível para todas as hipóteses delitivas, e, ademais, por ser ato voluntário, dificilmente se verificará nos casos em que o acusado refuta a prática infracional. Para tais hipóteses, a resposta estatal deve permanecer calcada naquelas já tradicionalmente conhecidas: pena e medida de segurança, isso, é claro, se necessárias forem.

A proposta da reparação do dano como resposta autônoma ainda joga luz para a vítima do delito, papel este que, em nível de direito penal tradicional, esteve limitado, em vista da maior preocupação com a persecução penal e a punição do infrator.

Entretanto, este viés reparador não repercute apenas no interesse da vítima, pois atende também aos anseios sociais de efetividade e legitimidade do direito penal, uma vez que, há tempos, já restou demonstrada a falência da pena de prisão e do sistema meramente punitivo. Acerca disso, aliás, sustentam Zaffaroni e Nilo Batista que o cárcere vem sendo, e sempre foi, inadequadamente, a resposta (des) esperada dos legisladores, segundo uma lógica repressora emergencial. Segundo os consagrados autores:

[...] a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais [...] o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da religião, do anarquismo, do consumismo, da dependência de tóxicos, de destruição ecológica, da economia informal, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitos problemas

dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, P. 68).

A voluntária reparação do dano como uma possível resposta penal concretiza a função de pacificação social do direito penal, ao mesmo tempo em que alcança a ressocialização do agente e reconhece e reforça a norma em seu sentido material.

Assim:

(...) A reparação como alternativa às sanções convencionais não entra em cena apenas em função dos interesses da vítima. Leva-se em consideração, também, os interesses do próprio agente, que ao consciencializar-se da importância em reparar a sua vítima, tenderia a reconhecer e aceitar a valência do direito de modo mais apropriado, tudo a contribuir para a ressocialização. Ultrapassa-se, assim, concepções teóricas mais recuadas que tendiam a perspectivar a reparação de forma unidirecional, isto é, centrada tão-somente nos interesses da vítima, e, assim em última análise, em gravame para o infrator. Atende, demais disso, aos interesses da própria sociedade, porquanto, em que pese em um primeiro momento orientar-se para as necessidades mais imediatas das vítimas, em passo subsequente, colabora para 'reafirmar os valores sociais violados pelo delito'. (CÂMARA, 2008, p. 198).

## **6 A TERCEIRA VIA COMO RESPOSTA PENAL PARA OS CRIMES AMBIENTAIS**

Uma das fontes da atual crise que sofre o direito penal advém da demanda por proteção de determinados bens jurídicos que eram inimagináveis de serem tutelados por ele quando da formulação das clássicas teorias do crime, tais como o meio ambiente.

A sociedade contemporânea, tratada por Beck (2003, p. 24) como sociedade do risco<sup>8</sup>, com seus diferentes e ampliados medos, busca no direito penal o controle das atividades perigosas, o que o desnatura.

O meio ambiente que sempre existiu vive agora um momento de valor social diverso (SANTIAGO, 2011, p.80). O nível de degradação ambiental, os impactos decorrentes da ação humana e a escassez de bens antes abundantes trouxeram reflexões que culminaram com uma maior preocupação com a tutela ambiental.

---

<sup>8</sup> Beck sustenta um certo incremento do risco, em face da referência à sociedade hodierna do risco como de segunda modernidade - que se contrapõe a uma primeira modernidade, mais limitada ao seio das comunidades- que se caracteriza por uma mudança nas relações sociais, fruto da globalização, da intensificação tecnológica e da crise ecológica.

As previsões legais relativas ao meio ambiente de cunho notadamente econômico começam a ceder lugar e a conviver com uma ainda recente regulamentação normativa holística, que tem por fim a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Assim é que o mandamento constitucional estabeleceu que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos, o que significa tratar-se de um direito metaindividual.

Visando à proteção e preservação deste bem fundamental, a própria Constituição estabeleceu, no §3º do artigo 225, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais”.

Desse comando normativo extrai-se que a incidência da seara penal para a tutela do meio ambiente foi uma escolha constitucional; todavia, o direito penal ainda tateia para descobrir qual o seu papel na defesa do meio ambiente e, se papel há, qual é a melhor resposta para tutelá-lo. Por isso, pergunta-se: a condenação de um infrator a uma pena privativa de liberdade, ainda que substituída por medida alternativa ao cárcere, é a melhor forma de defender o meio ambiente? E ainda: o que mais bem atende ao interesse da sociedade: a punição de um infrator ambiental ou a reparação do dano?

A adoção da reparação de danos como resposta penal autônoma, apesar de complexa para a atual realidade do sistema jurídico, o que demanda ajustes dogmáticos vitais, notadamente na teoria da pena, não é distante de nossa realidade legislativa.

Isso porque, para os delitos de menor potencial ofensivo, de ação privada ou pública condicionada à representação, a composição civil entre infrator e vítima é causa de extinção da punibilidade, a teor do parágrafo único do art.74 da Lei n.º 9.099/95, conjugado com art. 107 do Código Penal.

Outrossim, a reparação do dano ambiental também não é novidade para a legislação brasileira que já a trabalha como causa de atenuação de pena no inciso II, do art.14, da Lei n.º 9.605/1998, como condição para proposta de transação penal, salvo impossibilidade (art.27, Lei n.º 9.605/1998), e para a extinção da punibilidade na hipótese de suspensão condicional do processo (art.28, I, Lei n.º 9.605/1998).

Entretanto, as hipóteses acima destacadas, além de limitadas a certos delitos, não apresentam a reparação do dano como resposta penal autônoma.

A proposta de Roxin, de adoção da reparação do dano como resposta penal, insere-se num contexto de maior tutela do ambiente, porquanto recomposto será ele por

obra do próprio infrator, sem prejuízo de aplicação, quando proporcional for à agressão ao bem jurídico provocada pela conduta, da pena privativa de liberdade. Estabelece-se, assim, a reserva de *ultima ratio* não apenas para o direito penal, mas também à própria pena corporal, instrumento mais grave que é de sancionamento estatal, de modo a que seja aplicada apenas para as hipóteses de crimes mais graves do chamado “núcleo duro do direito penal”.

Vê-se, portanto, que não há razão para que se deva restringir a reparação do dano ambiental aos delitos de menor potencial ofensivo, mas sim para se trabalhar seu efetivo alcance também, e principalmente, para outros crimes ambientais, sempre que proporcional for a resposta à dimensão do dano causado<sup>9</sup>.

Lado outro, as previsões da Lei n.º 9.605/1998 da composição e/ou reparação do dano como condição para medidas despenalizadoras não estimulam o reconhecimento do conteúdo proibitivo da norma (função preventiva especial), sendo apenas um meio para se alcançar um direito. A efetiva restauração do conflito, através da reparação voluntária do dano (ou a adoção de medidas para evitá-lo) materializa a função da norma penal, o que torna despicienda a pena nos moldes tradicionais e oferece maior e melhor tutela ao meio ambiente.

A privação de liberdade não possui o mesmo alcance (se é que possui algum) da voluntária reparação do dano no que diz respeito à função preventiva especial. O maior protagonismo e responsabilização do agente infrator pelas consequências de seu ato, ao responder pela efetiva reparação do dano que causou, gera mais respeito à norma e possibilita a prevenção de reincidência em maior medida que a mera retribuição pela sanção privativa de liberdade.

Selma Pereira de Santana (2011, p.74) defende que, além de trazer efetivo benefício à vítima, a reparação do dano é eficaz forma de ressocialização:

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, cumpre dizer que há louvável posição que sustenta que o chamado “termo de compromisso ambiental”, previsto no art. 79-A da Lei 9.605/98 (que é, inegavelmente, uma espécie de composição civil), pode, segundo parte da doutrina, ter reflexos em sede de responsabilidade penal. Dissertam, sobre o tema, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2011, p. 303): “Sobre o assunto, poderíamos resenhar as seguintes correntes: (a) o ato de firmar o compromisso já significaria falta de justa causa para a persecução penal em curso; (b) o compromisso (TAC ou TCA) constituiria causa supralegal de exclusão da ilicitude; (c) o compromisso (TAC ou TCA) não teria nenhum reflexo penal se o compromissário desse continuidade aos atos criminosos (STJ, HC 61.199-BA, j. 04.10.2007, rel. Min. Jane Silva); (d) se a reparação do dano acontecesse antes do recebimento da denúncia, ocorreria uma causa de extinção da punibilidade (tal como no crime tributário); (e) o compromisso (TAC ou TCA) não tem nenhum reflexo penal (autonomia das instâncias)”.

O autor de um delito, enquanto privado de sua liberdade, fica impossibilitado de fazer algo para reparar o dano causado, embora as investigações empíricas tenham constatado, em muitos delinquentes, a necessidade de realizar a reparação. Tem-se observado, ainda, que a vontade de reparar na vítima vai desaparecendo no decorrer do cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Quanto à pena de multa, tem-se constatado que muitos delinquentes que já efetuaram o pagamento da multa rejeitam a possibilidade de proceder a uma reparação, pois, dessa forma, se sentiriam duplamente punidos.

Fato é, também, que não se deve ignorar que nos crimes ambientais a vítima é a sociedade, a coletividade, por ser o meio ambiente de ordem difusa, um bem metaindividual. A composição dos danos a este bem não se dará em prol de pessoa específica, mas sim da sociedade apresentada pelo Ministério Público e por órgãos públicos que integram o sistema nacional do meio ambiente - SISNAMA - correlatos à situação concreta sob análise, que orientarão a forma de reparação do dano causado.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito penal, enquanto ramo do direito legitimado a tutelar bens jurídicos de grande magnitude e ante as mais ponderáveis ofensas a ele, encontra, cada vez mais, campo fértil de atuação na defesa do ambiente e, por conta disso, contribui, sobremaneira, para a dignidade ambiental, enquanto bem a ser tutelado e valorado de per si.

Se a dogmática penal secular consagra uma já tradicional esfera interpessoal de atuação, bens jurídicos como o meio ambiente, exatamente por reclamar efetiva defesa em prol da proteção das presentes e futuras gerações, ensejam uma nova política criminal e, em consequência, transformações dogmáticas capazes de proporcionar a defesa do bem jurídico difuso, inclusive contra ações de pessoas jurídicas.

É certo que toda transformação, principalmente de ordem dogmática, pressupõe a legitimidade social, sem a qual o direito, e particularmente o direito penal, não encontraria celeiro adequado para proporcionar pacificação social e tutelar bens jurídicos difusos. Todavia, diante das grandes catástrofes naturais e da deterioração das realidades que, aos olhos da sociedade, eram outrora abundantes e hoje são consideradas como escassas embora imprescindíveis para a vida humana, animal e vegetal, a questão é relevante para todo e qualquer país, conquanto diferentes sejam as medidas adotadas e

diferentes sejam os estágios de desenvolvimento quanto à adoção do direito penal como ramo próprio de tutela ambiental.

É nesse celeiro de transformações tendentes à melhor tutela do bem jurídico que se deve conceber, sem maiores tergiversações, que as tradicionais fronteiras entre o direito civil e o direito penal não se concebem mais de modo rígido. Não se defende o fim da autonomia entre as searas civil e penal, mas que a dogmática enfrente a discussão dos pontos de intercessão entre as áreas de responsabilização para algumas hipóteses, notadamente a ambiental, com vistas a alcançar a melhor tutela do meio ambiente e a aproximação do sistema jurídico às demandas da sociedade contemporânea.

A voluntária reparação do dano como resposta penal autônoma para os crimes ambientais é um destes pontos de intercessão que representam, à luz da teoria do bem jurídico como núcleo das discussões que orientam o direito penal ao cumprimento de suas funções primordiais, a assunção do maior interesse da sociedade na reparação do dano ambiental do que, propriamente, uma desmesurada e desproporcional aplicação de pena privativa de liberdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos: a terceira Via**. Leme: J.H.Mizuno, 2005.

BAUCHÉ, Eduardo Germán. **Teoría general del derecho procesal**. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas, 2011.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo. v.1, p. 14-48. Abr./jun. 1999.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. 9 ed. Padova: CEDAM, 1976.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga Park as a T threat to the environment and to endangered animal species. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11- 29 , set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897/515>. Acesso em: 5 abr. 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.



- BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no ‘direito penal constitucional’ ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. *In* **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima de crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 227.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. 2003. Disponível em: <<http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>> Acesso em: 6 abr. 2017.
- FERREIRA, Lucas César Costa. A reparação de danos nos delitos patrimoniais: a terceira via em sintonia com a contemporânea política criminal. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 7, p. 369-416, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais**: comentários à Lei 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad**: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica. Tradução de J. Fernandez Retenaga. Barcelona: Editorial Herder, 1994.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- KAUFFMANN, Arthur. Gibt es Rechte der Natur? **Spendel-FS**: Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1992.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MARQUES, José Roque Nunes. A Constituição Federal e o meio ambiente. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p. 26-31, 2000.
- MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PRITTWITZ, Cornelius. A função do direito penal na sociedade globalizada do risco: defesa de um papel necessariamente modesto. *In* **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, p. 53-66, 2013

- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ROBINSON, Paul H. **The virtues of restorative processes, the vices of restorative justice**. Disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=661123](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=661123)  
Acesso em 7 abr. 2017.
- ROXIN, Claus. **Fines de la pena y reparación del daño**: de los delitos y de las víctimas. Tradução de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.
- \_\_\_\_\_. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Veja, 1993.
- \_\_\_\_\_. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. *In* **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 2. ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 3. ed Buenos Aires: EDISOFER S.L., 2011.
- SANTANA, Selma Pereira de. A racionalidade penal moderna versus a reparação à vítima do delito como terceira via. **Revista Mestrado em Direito**: Direitos Humanos fundamentais. Osasco, v. 17, n. 2, p.67-88, ago./dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. Selma Pereira. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário. *In* **Direito penal secundário**. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Víncius Sporleder de (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Coimbra, 2006.
- SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do Direito Penal na defesa do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 16, n. 61, p.77-107, jan./mar. 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal do perigo**. São Paulo: RT, 2006.
- TEIXEIRA, Antônio Edílio Magalhães. Proteção dos direitos fundamentais e democracia. *In*: ROCHA, João de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coord.). **Direitos humanos**: desafios humanitários contemporâneos. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de J. Bustos Ramirez y Sergio Yánes Pérez. 4 ed. Santiago: Jurídica do Chile, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.