

PROBLEMAS RELATIVOS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

Luiz Carlos Nóbrega Nelson



RESUMO

O ordenamento jurídico brasileiro não dá a devida atenção ao bem jurídico ambiental. É flagrante a valoração feita ao bem ambiental em detrimento de outros bens jurídicos. Não foi observado o princípio da proporcionalidade na produção legislativa. Temos um problema de política criminal que conduz a uma crescente violação das normas ambientais. Uma novação legislativa mostra-se categórica para a defesa do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiental. Crimes. Proporcionalidade. Patrimônio. Fauna. Flora. Recursos. Gravidade. Mudança. Legislativa.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é apontar alguns problemas relativos ao princípio da proporcionalidade na Lei de nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como lei de crimes ambientais.

Tal artigo resumir-se-á a um breve apanhado sobre o princípio da proporcionalidade no campo penal, e após isto, a algumas considerações analíticas sobre a lei de crimes ambientais.



O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS FUNDAMENTOS DE APLICAÇÃO

Uma primeira indagação a que o operador do Direito se faz quando se apresenta o princípio da proporcionalidade, é saber qual sua razão ontológica, ou seja, abstraído-se de especulações de ordem jurídica, qual seria o fundamento de ordem existencial para a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou melhor dizendo, qual seria o fundamento para a realização de um juízo que levasse em conta o critério de proporcionalidade ?

Tal pergunta, mostra-se de fácil resolução na medida em que raciocinarmos sob o prisma do princípio natural de causa e efeito, ou lei da causalidade.

Pois a todo fato ou ato, seja este natural ou humano, que implicou em efeitos de ordem material com a modificação da realidade; teremos então necessariamente uma causa diretamente relacionada a este, e de intensidade proporcional ao efeito gerado.

Assim, no campo dos fatos naturais, temos que uma modificação de qualquer ordem na crosta terrestre é gerada por um fato natural ou um ato humano, diretamente relacionado a este, e de ofensividade e intensidade equivalentes.

Desse modo, a proporção ou proporcionalidade é ínsita à natureza, pois *verbi gratia*: uma pequena chuva jamais geraria um oceano, e da mesma forma uma floresta de dimensões continentais não poderia ser derrubada por um único homem agindo sozinho e sem instrumentos que o auxiliassem.

Donde se conclui que a proporcionalidade é decorrente de uma relação categórica de causa e efeito. E da mesma forma, o homem quando atua no meio ambiente que vive, necessariamente para obter êxito em seus objetivos, terá que observar e fazer um juízo intelectual de proporcionalidade.

Superado este ponto, resta-nos esclarecer agora qual o fundamento de ordem deontológica para a proporcionalidade.

Prima facie pode-se dizer que o fundamento para a aplicação da proporcionalidade consiste em atentar para o fato de que na imposição de sanções, o Estado terá que valorar os bens jurídicos tutelados na medida de suas importâncias, e fixar penalidades equivalentes e proporcionais aos danos efetivamente causados e suportados pela sociedade.

No magistério de Luigi Ferrajoli "*O fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida*".¹

Portanto é inconcebível que o Estado dê o mesmo tratamento jurídico a dois crimes distintos, sendo um de pequeno potencial ofensivo com efeitos diminutos, e um outro delito de proporções multitudinárias, e de gravidade sensivelmente elevada; pois se assim o fizesse, estaria indo contrariamente ao sentimento de justiça social que toda a coletividade necessita de modo a pacificar os ânimos sociais.

Neste raciocínio pode-se então declarar que a aplicação da proporcionalidade é decorrência da busca do Estado de se atingir o sentimento social de justiça, ou ainda que para o sentimento social de justiça ser atingido, faz-se necessário que os operadores do Direito, sejam estes legisladores ou aplicadores de normas, atentem para a moderação e proporcionalidade de seus atos.

Ou seja, os significados de grandeza, impacto e escala são ínsitos ao estudo da proporcionalidade seja no campo natural ou jurídico, sendo esta a razão, pela qual, que se mostra incongruente valorar da mesma forma, por exemplo, o crime de homicídio ao de genocídio, e tantos outros bens jurídicos de dimensões e valoração sociais distintos.

¹ Ferrajoli, Luigi in *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 2 ed., pág. 366.

Contudo, para que se afirme que o conceito de **justiça** é ínsito ao nosso ordenamento jurídico, necessariamente ter-se-á que buscar um fundamento jurídico para tanto.

Os fundamentos relacionados ao conceito de **justiça** podem ser encontrados na necessidade de pacificação social, gerada pelo sentimento de equânime ponderação na aplicação das leis, ou no campo normativo em nossa carta magna, explicitamente em seu preâmbulo “*a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade*”, e da mesma forma como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quando o art. 3º consagra a construção de uma “sociedade justa”; e ainda assim implicitamente em todo o corpo da lei maior a medida em que modera direitos individuais e prerrogativas públicas, reparte direitos e ônus para as diversas pessoas jurídicas, etc., tudo isto buscando e indicando ao legislador infraconstitucional a moderação, e proporcionalidade inerentes ao nosso Estado Democrático de Direito.

Por conseguinte, não há que se falar na inexistência do princípio da proporcionalidade em nosso ordenamento jurídico, haja vista os fundamentos de ordem ontológica, deontológica, e menções expressas tanto no espírito de nossa lei fundamental quanto em seu texto.

Exaurido este ponto, resta-nos analisar o fundamento da existência do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, a fim de posteriormente adentrarmos em considerações a respeito da lei de crimes ambientais.

A proporcionalidade pode encontrar seu fundamento na garantia do cidadão de que o Estado no seu *jus puniendi* não exorbite seu poder, aplicando sanção mais severa por conduta praticada por um particular, sendo este um dos principais fundamentos encontrados rotineiramente na doutrina e neste sentido é a orientação elencada por Mariângela Gama de Magalhães Gomes, quando afirma

Do reconhecimento dos direitos fundamentais decorrente desta concepção do Estado é possível deduzir que estes, enquanto expressões do direito à liberdade (em

*sentido amplo) dos cidadãos perante o Estado, podem ser limitados pelo Poder Público apenas na medida em que se demonstrar esta indispensabilidade para a tutela dos interesses públicos.*²

Outro fundamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade no Direito Penal, como já mencionado anteriormente, consiste na necessidade da busca de uma equivalência entre a pena a ser aplicada e o bem jurídico tutelado “no direito penal, a regra de que a pena ameaçada deve encontrar-se numa relação justa em relação à gravidade do delito e a culpabilidade do réu; não deve ser inteiramente desproporcional perante a conduta proibida”.³ E enveredando pelo mesmo entendimento o mestre René Ariel Dotti afirma que “vale como indicativo de que também a resposta penal deve ser proporcional à gravidade da ofensa”.⁴

Ainda com relação à aplicação de tal princípio, há a observância de uma hierarquia de valores a que o legislador deve se submeter, sob pena de fixar reprimendas desproporcionais para diferentes bens jurídicos tutelados, como por exemplo fixar uma pena maior para um bem jurídico de menor gravidade de que outro de maior gravidade, o que seria desarrazoado

*De acordo com esta acepção, o princípio da proporcionalidade comporta um juízo de ponderação entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser efetuado a partir de uma hierarquia de valores que o legislador deve respeitar.*⁵

De forma conclusiva, pode-se então afirmar que o legislador na elaboração da norma, e não somente este, deverá categoricamente observar o critério de proporcionalidade a fim de não exorbitar o direito de punir, deve-se observar uma equivalência entre a reprimenda e o bem jurídico tutelado, e por fim atentar para uma hierarquia de valores entre os diversos bens jurídicos tutelados no ordenamento jurídico.

2 Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 23 ed., p. 63.

3 Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 23 ed., p. 63.

4 René Ariel Dotti. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 21, p. 64.

5 Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 23, p. 63.

Por fim, tornar proporcional uma pena nada mais é do que o legislador obedecer a estes parâmetros na fixação dos limites mínimos e máximos da reprimenda em abstrato, aplicando desse modo o princípio da proporcionalidade na elaboração da norma penal, e ao magistrado aplicar o princípio da proporcionalidade consiste em dosimetrar com justiça e adequação uma pena a um caso concreto, (atentando desse modo ao disposto nos art.s 29 e 59 do Código Penal).

DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA TUTELA DOS BENS JURÍDICOS AMBIENTAIS

Apenas com o caráter esclarecedor, é bom frisar que o objetivo desta ponderação não se destina a possíveis incongruências por parte dos aplicadores do Direito em virtude da não aplicação do princípio da proporcionalidade no processamento e julgamento dos crimes ambientais, pois a estes cabem as regras dos artigos 29 e 59 ambos do Código Penal em consonância com os artigos 2º e 6º da Lei nº 9.605/98.

Neste apanhado destina-se mostrar a incongruência e desproporcionalidade cristalizada na lei de crimes ambientais pelo legislador frente ao restante do ordenamento jurídico.

Deve-se salientar que o legislador deverá atentar para todos os critérios acima expostos no momento da feitura das normas, guardando uma proporcionalidade entre os diversos bens tutelados, e criando a pena necessária e suficiente à reprimenda do delito, de modo a assegurar a proporcionalidade devida e justa entre os *jus puniendi* e *jus libertatis*.

Entraremos agora na análise dos crimes ambientais em espécie.

Na Lei nº 9.605/98, inicialmente se trata dos crimes espécie, tutelando os crimes contra a fauna, elencando diversos verbos de modo a reprimir o abate de espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, conforme o artigo 29 da norma em comento. Ocorre que o

preceito secundário estabelece uma pena de menor potencial ofensivo, de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Vale salientar que nesse caso o legislador tutela o meio ambiente, representado aqui pela fauna, portanto um bem de natureza meta-individual, e possivelmente também um bem pertencente ao patrimônio da União, Estados-membros, Municípios dependendo do local, ou pertencente à comunidade internacional caso os animais estejam em rota migratória.

Para a análise do princípio da proporcionalidade neste tipo penal, não podemos nos esquecer que a fauna é um bem ambiental, e também de natureza patrimonial; sempre pertencente a um sujeito de direitos ou a sociedade como um todo.

A reprimenda neste caso é por demais irrisória e flagrantemente desproporcional quando comparada a qualquer delito previsto no Código Penal que tutele o patrimônio.

Tomemos como exemplo o crime de furto simples, previsto no art. 155 do Código Penal. Este é praticado sem violência ou grave ameaça, não atinge, via de regra, diretamente a coletividade, é também via de regra reparável, possuindo uma pena de reclusão de 1 (um) ano a 4 (quatro) anos, e multa.

Note-se que no crime ambiental em comento, poderá haver um abate de milhares de espécies de animais, gerando uma mortandade em massa, com o conseqüente desequilíbrio de todo um ecossistema, dano ao patrimônio de um ente público, prejuízo para pesquisas científicas, e ainda assim a pena não se aproximará da pena de um furto simples.

O que nos leva a enveredar por apenas um destes dois caminhos:

- 1) ou o legislador atribuiu aos crimes ambientais uma importância irrisória, ferindo o princípio da proporcionalidade de forma flagrante, ou
- 2) o legislador valora de forma mais grave um dano ao patrimônio parti-

cular-individual do que um dano à coletividade, o que também consiste num erro de valoração entre os bens jurídicos tutelados.

Vale salientar ainda que o bem ambiental tutelado poderá após o dano, passar a ter um caráter irreversível, e de efeitos permanentes, enquanto que o crime contra o patrimônio individual poderá ser ressarcido, revertendo seus efeitos.

Se ainda assim, tomarmos o furto privilegiado, previsto no art. 155, §2º, que estabelece como requisitos que a coisa furtada seja de pequeno valor (inferior a um salário mínimo) e primariedade do agente, neste caso o juiz poderá reduzir a pena de 1 um a dois terços ou somente aplicar a pena de multa. Ficando desta forma, o crime contra o patrimônio ainda com uma pena máxima, na hipótese de redução máxima, de 1 ano e 4 meses, portanto superior ao crime contra a fauna que tem pena máxima de 1 ano.

Propiciando desta forma o seguinte paradoxo: um furto privilegiado de um bem inferior a um salário mínimo com pena máxima maior do que a mortandade para fins comerciais de dezenas de espécimes que podem alcançar no mercado negro valores infinitamente maiores, tais como dezenas ou centenas de milhares de reais.

Vale salientar que, atualmente, as espécimes silvestres brasileiras são disputadas a peso de ouro por laboratórios internacionais ou por zoológicos estrangeiros, e o tráfico internacional de animais silvestres é um fato, catalogado e combatido em dezenas de países.

Ainda assim podemos fazer mais um comparativo, qual seja: se a mortandade de animais ocorrer no interior de uma unidade de conservação, teremos então a pena de inicial de seis meses a um ano, aumentada de metade, o que elevaria a pena mínima para 9 meses, e a máxima para 1 ano e 6 meses. Neste caso como se trata de um crime praticado dentro de uma unidade de conservação, sendo portanto um crime que atinge um bem da União ou dos Estados ou Municípios, poderíamos comparar com o crime de dano qualificado, previsto no art. 163, parágrafo úni-

co, inciso III do Código Penal, o qual tem como vítima o patrimônio da União, Estado ou Município, possuindo como preceito secundário a pena mínima de seis meses, e máxima de três anos.

Neste caso, pode-se ter a seguinte situação anacrônica: o delito ambiental afetar um bem jurídico muito maior, como por exemplo uma mortandade medonha de animais dentro de uma unidade de conservação, não somente implicando em um grande prejuízo para o meio ambiente, mas também um prejuízo econômico elevadíssimo para uma pessoa jurídica de direito público, e ainda assim ser delito ambiental de menor potencial ofensivo, e o crime de dano de um patrimônio infinitamente menor não gozar de tal prerrogativa por ter pena máxima de três anos.

Como se nota, temos mais uma incongruência em comento, com uma pena muito menor para um delito de gravidade maior que outro.

Nesta linha, para os que se preocupam com o patrimônio público, a tutela seria bem mais eficaz caso inexistisse a lei de crimes ambientais, e os ilícitos fossem tratados tão somente como crimes contra o patrimônio. Afirmar esta de índole muito perigosa sob a ótica da construção de uma política criminal de efeitos concretos, pois seria a negação da criação em nosso ordenamento jurídico de diplomas que protejam os bens ambientais e a negação do princípio da especialidade.

Da mesma forma, quando se analisa o crime de “exportação não autorizada de peles, couros e anfíbios” (art. 30 da Lei nº 9.605/98) em cotejo com o crime de “contrabando” (art. 334 do Código Penal), pode-se chegar à conclusão que o legislador deu à sonegação de produtos animais um tratamento mais benéfico do que a sonegação comum, pois a pena no contrabando é reclusão de um a quatro anos, e no “contrabando ambiental de peles e couros” tal pena é de apenas um a três anos.

Assim, quem exporta ilegalmente uma certa quantia de couro sintético terá uma pena menor do que quem agride a fauna nacional, matando animais silvestres, e exporta também ilegalmente o mesmo produto, qual seja, o couro mas de animal silvestre.

O descompasso legislativo aqui é flagrante, pois, no simples contrabando se viola um único bem jurídico, qual seja, a regularidade tributária, e na exportação não autorizada de peles e couros, violam-se a regularidade tributária e o meio ambiente.

Esta desproporcionalidade também aparece nos crimes contra a flora, no qual o legislador estabelece no artigo 39 uma penalidade de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa para quem cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, crime este que afeta tanto o meio ambiente como um todo, afetando a fauna por via mediata também, e o patrimônio de uma pessoa de direito público por ser uma área de preservação permanente; e ainda assim possui uma pena inferior ao de um furto simples, sendo esta de reclusão 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Por fim, outra flagrante violação do princípio da proporcionalidade na construção dos paradigmas das penas nos delitos ambientais, o qual pode ainda ser melhor comparado a um crime contra o patrimônio é o previsto no art. 55 da Lei nº 9.605/98, qual seja,

Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção, de 6 (seis) a 1 (um) ano.

Neste tipo penal, parece-me que o legislador esqueceu todos os garimpos clandestinos existentes neste país, e talvez desconhecesse o montante em pecúnia que estas extrações clandestinas retiram do subsolo da União. Talvez também o legislador tenha se esquecido do nosso passado histórico do Brasil.

Aqui se tem a hipótese de haver uma extração ilegal de toneladas de ouro ou diamantes, como ocorre notadamente em alguns dos Estados da região norte, e o infrator responder por um delito de menor potencial ofensivo, ferindo frontalmente o princípio da proporcionalidade quando compararmos a inclusive até um furto privilegiado, quando a coisa furtada for de pequeno valor, ou seja, inferior a um salário mínimo, o qual possui ainda assim uma pena máxima maior (de 1 ano e 4 meses), portanto superior ao crime contra a fauna que tem pena máxima de 1 ano.

Como então conceber que a extração e apropriação de por exemplo uma tonelada de ouro sem autorização legal possa ser um delito de menor potencial ofensivo? Mesmo se esquecermos a proteção aos bens ambientais como um dos escopos o qual o legislador deveria ter se orientado na elaboração da norma, ainda assim, teremos que atentar para enriquecimento ilícito exarcebado por parte do sujeito ativo do delito, e a perda deste patrimônio por parte da União.

Neste caso da extração ilegal de recursos minerais: 1- tem-se a lesão ao meio ambiente, muitas vezes com derramamento de mercúrio que adentram nos rios, sendo este de proporções difusas e podendo atingir inclusive à saúde pública, 2- tem-se o crime contra o patrimônio haja vista o subsolo ser da União, conforme previsto no art. 20, inciso IX da Constituição Federal, e tendo como sujeito passivo não apenas um particular mas uma pessoa de direito público; e ainda assim a pena é inferior ao do crime de furto, o que vem ainda mais a corroborar a tese de que o legislador infra-constitucional não observou o princípio da proporcionalidade na feitura dos tipos penais previstos na lei nº 9.605/98, restando tão somente ao aplicador do direito adotar uma técnica de hermenêutica que em concurso formal possa capitular o delito ambiental com um crime contra o patrimônio.

Como se observa, não se trata aqui de fazer apologia jurídica a uma política criminal mais severa, mas sim de equacionar de forma justa os preceitos secundários de um delito à gravidade e importância dos bens jurídicos tutelados.

Da mesma forma não deve ser esquecido o princípio da insignificância, devendo o aplicador do direito estar sempre atento à adequação social da norma ao delito. Todavia, dar tratamento de menor importância aos bens jurídicos ambientais, com a edição de diplomas legais que não representam penalidades dentro dos critérios de proporcionalidade a gravidade dos danos e delitos praticados, implica dizer que os rumos de nossa política criminal encontram-se distorcidos e ineficazes, pois também não podemos esquecer o caráter inibitório das normas penais.

Por conseguinte, poder-se-á afirmar com bastante clareza que para a existência de instrumentos que viabilizem a proteção do meio ambiente, teremos que passar por uma mudança legislativa muito em breve, de modo a equacionar e tornar proporcional a repressão dos bens jurídicos ambientais em face de outros bens jurídicos tutelados pelo Estado.✍

LUIZ CARLOS NÓBREGA NELSON

Especialista em Direito Penal e Processual Penal da Faculdade do Amapá. Professor da Academia Nacional de Polícia da disciplina Polícia de Meio Ambiente. Delegado de Polícia Federal. Foi Chefe da Delegacia de Repressão aos Crimes Contra o Meio Ambiente e Patrimônio Histórico do Amapá nos anos de 2003 a 2006.

E-mail: luizcarlos.lcnn@dpf.gov.br

ABSTRACT

The Brazilian law does not pay sufficient attention to legal rights environment. What is noticeable is the valuation done well to the detriment of environmental other property law. It was not observed the principle of proportionality in legislative output. We have a problem of criminal policy that leads to a growing violation of environmental standards. A novation legislative shows itself to the categorical protection of the environment.

KEYWORDS: Environmental. Crimes. Proportionality. Heritage. Fauna. Flora. Features. Gravity. Change. Legislative Council.

REFERÊNCIAS

- BRUM VAZ, Paulo Afonso. “Meio Ambiente e Mineração”, in *Revista AJUFE*. Edjur Publicações. São Paulo: ed. nº 55, Mai/Jun/Jul/97.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- DIAS, Edna Cardoso. *Manual de Crimes Ambientais*. Belo Horizonte: Mandamentos. 1999.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi in *Direito e Razão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, 2 ed., pág. 366

- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva. 2004.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 5ª ed. Malheiros Editores. São Paulo. 1995.
- MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *Inovações na Jurisprudência em Matéria Ambiental*. Internet. – São Paulo, 1994.
- MOZER, Antônio. Problemas ecológicos e suas implicações éticas. Ed. 3. Petrópolis, RJ: Vozes. 1992.
- PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2001.
- SANTOS, Antônio Silveira dos. O Emergente Direito Ambiental. *in Revista Consulex*. Brasília : Consulex. Ano II. nº 13. Janeiro/1998.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. – São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Dano Ambiental Palestra *In: Simpósio sobre o Meio Ambiente do Sul do Pará*. – Marabá, 09/1996.