Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 16 – outubro/novembro/dezembro de 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X -

UM BREVE QUESTIONAMENTO RELACIONADO AO MEIO AMBIENTE

Prof. João Ricardo Ferreira dos Santos
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos/RJ.
Especialista em Direito pela UCAM/RJ.

É possível, no sistema jurídico brasileiro, o princípio da precaução ou o princípio da prevenção[1] prevalecerem numa possível colisão com o princípio da legalidade[2]? [3]

Essa resposta não pode ser formulada de pronto, sem que se construa uma base de sustentação a sua posição. Ou, ao menos, tente-se do modo mais coerente e preciso respondê-la.

---

[1] Para que a compreensão radical da diferenciação do circulo de aplicação de cada princípio seja realizada, é possível estabelecer uma distinção, extremamente funcional ao nosso estudo, entre perigo e risco, hipótese em que se admite que, nas duas espécies de princípios, está presente o elemento risco, mas sob configurações diferenciadas. Entretanto, se pretendermos unificar semanticamente as categorias de risco e perigo, pode-se considerar para a compreensão de nosso raciocínio que o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 70-71.

[2] Rogério Lauria Tucci explica, sobre a legalidade: Em nosso País, atualmente, expressa-a, no inciso. XXXIX do art. 5.°, a Carta Magna de 19988, verbis: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal". TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 292.

[3] Ensina Humberto Ávila: A dissociação entre as espécies normativas, sobre ser havida como hipótese de trabalho para o processo aplicativo, pode ser laborada em razão do seu significado frontal. Nesse sentido, o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado). ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 129.

Nessa expectativa, começa-se, justamente, pela possibilidade da existência de "colisões de princípios e conflitos de regras" dentro de um mesmo sistema jurídico. Na visão de Alexy, segundo ensina Letícia Balsamão Amorim, *"é certo que pode ocorrer que duas normas (princípios e regras), aplicadas independentemente, conduzam a resultados incompatíveis e contraditórios".* [4]

Explica Letícia que, no caso das regras, esse conflito, segundo Robert Alexy, seria solucionado acrescentando uma cláusula de exceção a uma das regras e, sendo impossível tal inserção, a declaração de invalidade de uma delas seria a conseqüência. [5]

Em relação aos princípios[6], porém, deve uma solução advir, necessariamente, do caso concreto apresentado, onde, deste, se verificará qual o princípio com maior peso, prevalecendo este sobre o de menor peso. Para isso, a inocorrência de uma hierarquia formal abstrata entre os princípios deve ser considerada, decidindo-se pela prevalência, de um princípio em relação ao outro, apenas quando da verificação desse caso concreto. [7]

Chaïm Perelman traz à existência das *regras de um nível superior* como uma figura de um sistema jurídico, determinantes e condicionantes para o funcionamento dos poderes legislativo e executivo. [8]

Todavia, o propósito aqui não é o de argüir aspectos próprios do jusnaturalismo ou positivismo, isso será feito em sede de um futuro trabalho. [9]

Uma filiação à idéia de Kelsen pela existência da norma fundamental, ou à regra de reconhecimento de Hart[10]; com o *plus* das idéias de Alexy - sobre a inocorrência de uma hierarquia formal e abstrata entre os princípios e da possibilidade de prevalência de um princípio sobre o outro, quando verificado o caso concreto a ser decidido – será o apropriado, por agora.

---

[4] AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005, p. 126-127.

[5] AMORIM, Letícia Balsamão. *Op.cit.,* p. 127.

[6] Explica Humberto Ávila o seguinte: Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. ÁVILA, Humberto. *Op.cit*., p. 129.

[7] AMORIM, Letícia Balsamão. *Op.cit.,* p. 127.

[8] PERELMAN, Chaïm. *A Teoria Pura do Direito e a Argumentação.* Artigo extraído da pág.: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c1perelm.html, em 16/2/2008, p.1.

[9] Um sentido, neste momento, se faz necessário sublinhar, para isso utilizando-se da lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que explica que a perda de eficácia da Constituição (anterior) estabelece o vazio sobre o qual o Poder Constituinte originário vai erigir a nova constituição, que se aperfeiçoará como Constituição se e quando ganhar eficácia. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

[10] [1] As doutrinas mais desenvolvidas têm se utilizado como critério de identificação do sistema jurídico uma norma chave. Tal é o caso da norma fundamental de Kelsen ou da regra de reconhecimento de Hart [...]. Nota extraída do texto: Ensaio sobre Dworkin; tradução de Patrícia Sampaio, encontrado no *site* http:// www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html, no 15/2/2008, p. 18.

Explica Letícia Balsamão ser a teoria de Dworkin uma teoria de natureza material, a de Alexy, de natureza procedimental. Alexy apresenta regras ou condições próprias para uma argumentação racional, com vista a atingir uma decisão mais razoável possível ao caso concreto. No procedimento de Dworkin e, neste ponto, é onde se tem a crítica de Alexy, não existiria um procedimento próprio a se obter uma única resposta correta. [11]

Ensina Antônio Scarance Fernandes ser bastante relevante a "relação de precedência condicionada" idealizada por Alexy. Por mais, ressalta Scarance, com a evolução dos julgados, *"ser possível aos tribunais criarem uma pauta de valores, com regras de precedência de bens".* [12]

O princípio da legalidade traduz, para o dia-a-dia social, ser a lei uma fonte legítima à criação de obrigação para o indivíduo, quando oriunda de um ato aprovado pelo Parlamento, assim, considerada uma verdadeira *"expressão da vontade geral, que a tudo e a todos governa, na democracia".* [13]

Mas, não é só[14]. Para se ter uma idéia da extensão do que hoje se propugna como violação ao princípio da legalidade, para a esfera penal do direito, vale esta explicação de Rogério Lauria Tucci: *"Pressupõe, pois, esse princípio a exigência de lei penal, escrita (lex scripta), anterior (lex praevia), certa (lex certa) e estrita (lex stricta)".* [15]

Nesse diapasão, desatendido algum desses pressupostos, intui-se estar o princípio da legalidade estrita maculado. [16]

O Meio Ambiente afirma à dignidade da pessoa humana, este um valor mais que supremo – é o que se verifica nas leituras do artigo 5°, parágrafos 2 e 3, da Constituição Brasileira de 1988, e do artigo 11 do "Protocolo de San Salvador", este já ratificado pelo Brasil.

---

[11] AMORIM, Letícia Balsamão. *Op.cit.*, p. 133.

[12] Esclarece ainda Scarance que o risco do subjetivismo do juiz na análise dos princípios em conflito deve ser superado exatamente pela fixação de critérios de prevalência, a serem construídos pela jurisprudência e pela doutrina. FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

[13] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.,* p. 276.

[14] Um adendo se faz necessário, com vista a nossa Constituição de 1988 e o princípio da legalidade. Assim explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho: Na Constituição vigente, porém, admitem-se "atos com força de lei". Estes atos – as medidas provisórias e a lei delegada – podem criar, como criam, direitos e obrigações, ainda que provenham do poder executivo. [14] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op.cit*.,276.

[15] TUCCI, Rogério Lauria. *Op.cit*., 291.

[16] Para registro, um efeito do princípio da legalidade é o da taxatividade. Porém, em sede da lei processual penal, artigo 3° do Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de Outubro de 1941 -, será a interpretação extensiva e a aplicação analógica admitida, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Todavia, em sede do Código penal Brasileiro em vigor, art. 1°, Celso Delmanto, sobre a taxatividade, explica que, em nome do princípio da legalidade, veda-se ao juiz o emprego da analogia ou da interpretação extensiva na aplicação da lei penal, com vista a incriminar algum fato ou tornar mais severa sua punição; eventuais falhas na lei incriminadora não podem ser preenchidas pelo juiz, estando vedado ao juiz, para punir alguém, completar o trabalho do legislador. DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 4.

Por isso, também, uma conclusão sem reflexão da precedência absoluta do princípio da legalidade sobre qualquer outro princípio, independente do caso concreto a ser trazido à questão, pode, sim, inviabilizar princípios que, de alguma forma, estão ligados a valores supremos de uma coletividade, postos nessa norma Fundamental. [17]

Decerto ser a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental e tão quanto importante e superior que qualquer outro princípio encontrado no sistema jurídico informativo do nosso país. O Meio Ambiente afirma à dignidade da pessoa humana; os princípios da precaução e da prevenção são princípios diretamente ligados ao Meio Ambiente e, portanto, imediatamente relacionados à dignidade da pessoa humana. [18]

O artigo 225, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, dispõe que: *"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".*

Destarte, o parágrafo 1°, desse mesmo artigo, traz, com o propósito de assegurar a efetividade desse direito, ou seja: a efetividade do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, deveres ao Poder Público, tais como: I – o de *preservar e restaurar* os processos ecológicos essenciais e *prover* o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – o de *preservar* a diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – o de *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 – o de e*xigir*, 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; V – o de c*ontrolar* a produção, a comercialização e o em prego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – o de *promover* a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – o de *proteger* a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que

[17] Está no Artigo 11 – Direito a um meio ambiente sadio -, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador", o seguinte: 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente. Teor extraído do site: httt:///www.cidh.org/Básicos/Portugues/e.Protocolo_San_ Salvador.htm

[18] Título I: Dos Princípios Fundamentais. Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político[...]. Constituição da República Federativa do Brasil, Promulgada em 05.10.1988.

coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Os dispositivos acima trazem fundamentos relacionados aos princípios da precaução e da prevenção e, de forma mediata, estão ligados à dignidade da pessoa humana. Princípios que, também, dão razão para a existência dos demais parágrafos desse mesmo artigo 225, em especial à adoção da regra da responsabilização penal da pessoa jurídica, fora à administrativa, conforme dispõe o § 3°. [19]

Voltando à teoria sobre as colisões de princípios, ou seja: quando dois princípios apontam para finalidades excludentes, tal colisão só será solucionada com a rejeição de um deles, como se verifica na hipótese de colisões entre regras[20] - todavia, isso tudo a partir da atribuição do peso ou importância que corresponda a cada um dos princípios envolvidos e conforme as circunstâncias do caso concreto[21] -, o princípio da legalidade estrita poderá comprometer finalidades próprias dos princípios da precaução ou da prevenção, que visam assegurar um meio ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida. [22]

Assim, é o certo se atribuir maior peso e importância a esses princípios em relação ao da legalidade, em favor da aplicação do elenco de crimes previstos no capítulo V da Lei 9.605/98 à pessoa jurídica, mesmo quando o tipo deixe de especificar, no preceito secundário, uma pena em conformidade com os artigos 21 a 24 desta Lei.

Um exemplo disso seria o do crime de poluição qualificado, do § 2°, do artigo 54 da Lei 9605/98, que contempla cinco hipóteses de crimes, cuja pena será de reclusão, de um a cinco anos. Nesse caso, há de ser a importância do princípio da legalidade diminuída, pois o grau de prejuízo desse princípio será sem dúvida menor.

Veja bem, o resultado da ponderação será o da própria decisão, e o argumento utilizado para essa decisão seguirá a do critério *"de que, quanto maior seja o grau de prejuízo do princípio que há de retroceder, maior há de ser a importância do princípio que prevalece"* [23].

Assim, encerram-se essas breves anotações com as seguintes conclusões: a) Antes do início do processo de ponderação, o princípio da legalidade não tem precedência absoluta sobre qualquer outro princípio

---

[19] Humberto Ávila explica que o ordenamento jurídico estabelece a realização de determinados fins, a preservação de valores e a manutenção ou busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. ÁVILA, Humberto. *Op.cit*., p. 26.
[20] ÁVILA, Humberto. *Op.cit*., p. 53 e 54.
[21] AMORIM, Letícia Balsamão. *Op.cit.,* p. 128
[22] ÁVILA, Humberto. *Op.cit*., p. 53 e 54.
[23] AMORIM, Letícia Balsamão. *Op.cit.,* p. 128

imediatamente ligado à dignidade da pessoa humana; b) Há possibilidade do princípio da precaução ou da prevenção prevalecerem numa eventual colisão com o princípio da legalidade, diante o caso concreto apresentado.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Localizado na página: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Penal*, 5ª ed. Nylson Paim de Abreu Filho (Organizador). Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

_____. *Código de Processo Civil*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 70-71.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TEXTO: Protocolo San Salvador, encontrado na página:

http: ///www.cidh.org/Básicos/Portugues/e.Protocolo_San_ Salvador.htm

TEXTO: Ensaio sobre Dworkin; tradução de Patrícia Sampaio, encontrado no site: http:// www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html, no 15/2/2008.

TEXTO: PERELMAN, Chaïm. *A Teoria Pura do Direito e a Argumentação.* Artigo extraído da página.: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/c1perelm.html, em 16/2/2008.

TEXTO: SANTOS, Ferreira dos. A *Responsabilidade da Pessoa Jurídica: Sua Possível adequação aos tipos relacionados no Capítulo V da Lei n° 9.605/98*. Dissertação encontrada na página: http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/JoaoRicardoFerreiraSantos.pdf

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTOS, João Ricardo Ferreira dos. UM BREVE QUESTIONAMENTO RELACIONADO AO MEIO AMBIENTE. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 16, outubro/novembro/dezembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa:

Informação não Disponível.