



## TUTELA AMBIENTAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

Linia Dayana Lopes Machado<sup>1</sup>

Viviane Aprigio Prado e Silva<sup>2</sup>

**Resumo:** O artigo tem como proposta desenvolver uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito a práticas lesivas ao meio ambiente. Neste sentido, diante das transformações sociais, e da importância da tutela do meio ambiente, é preciso que os órgãos judiciais (STJ), tomem suas decisões a partir de uma teoria da decisão judicial. A pesquisa será desenvolvida a partir do método fenomenológico-hermenêutico. Como matriz teórica, tem-se a Crítica Hermenêutica do Direito, em especial a Teoria da Decisão Judicial, proposta por Lenio Streck.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental; Direito Penal; Teoria da decisão judicial; Princípios; STJ.

### ENVIRONMENTAL GUARANTEE IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: The need for a theory of judicial decision

**Abstract:** The article proposes to develop a discussion about the challenges posed by Environmental Law to the Judiciary, considering the existence of what can be considered as legislative gaps with respect to practices harmful to the environment. In this sense, given the social transformations and the importance of environmental protection, it is necessary for the judicial organs (STJ) to make their decisions based on a theory of judicial decision. The research will be developed from the phenomenological-hermeneutic method. As a theoretical matrix, we have the Critique Hermeneutics of Law, especially Judicial Decision Theory, proposed by Lenio Streck.

**Keywords:** Environmental Law; Criminal Law; Theory of Judicial Decision; Principles, STJ.

## INTRODUÇÃO

A sociedade de risco ou pós-industrial traz consigo a globalização dos riscos, advindos do desenvolvimento econômico e social, intrínsecos aos avanços tecnológicos. Com efeito, os fundamentos da sociedade moderna foram abalados pela antecipação de catástrofes globais (mudanças climáticas, crises financeiras, terrorismo). Os riscos ecológicos, nessa perspectiva,

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos – Unisinos.



teriam uma tendência universalizante e globalizante, independente do espaço onde originariamente são produzidos.

Essa é a concepção de Ulrich Beck sobre o caráter mundial da sociedade de risco, que transcende não apenas as fronteiras sociais, mas também políticas e geográficas. Assim, o meio ambiente, mais do que nunca, torna-se pauta sob diversas perspectivas – política, social e jurídica, para mencionar algumas.

Considerando este cenário, que anuncia, juntamente com Beck, uma profunda transformação no contexto social, o Direito responde às preocupações ambientais com a apresentação de uma robusta proteção ao meio ambiente na Constituição brasileira, colocando um capítulo inteiro de seu texto destinado a isso.

Além de afirmar o direito fundamental dos cidadãos brasileiros de viverem em um meio ambiente equilibrado, o art. 225 da CF descreve um agir ao Poder Público, condutas que são elevadas a deveres de preservação do meio ambiente como efetivação do direito constitucional assegurado. Para além disso, em um dos parágrafos deste dispositivo, é trazida a possibilidade de responsabilidade penal diante da caracterização de dano ambiental (§ 3º).

Ocorre que, após esta previsão constitucional, somente uma lei, editada no ano de 1998, regulamentou a referida disposição constitucional: a lei de crimes ambientais, Lei n. 9.605/98. Ou seja, com o agravamento ainda mais das consequências da caracterização de uma sociedade de risco, seria necessário ainda mais a existência de uma (nova) política criminal ambiental voltada a assegurar que o foi previsto constitucionalmente. Como isso não ocorreu legislativamente, incumbiu ao Judiciário apresentar soluções jurídicas para casos que, em tese, ainda não possuem regulamentação legislativa.

Diante disso, o Direito (e, por consequência, a Teoria do Direito) se vê diante de um desafio: como tornar efetiva (isto é, concretizar<sup>3</sup>) a tutela constitucional abrangente ao meio ambiente, preservando-o para futuras gerações, sem que a atuação do Poder Judiciário, diante de *hard cases*<sup>4</sup>, como aqueles que envolvem uma ação penal preventiva por parte do Poder Público, torne-se arbitrária?

<sup>3</sup> Sempre é importante lembrar que o uso da palavra *concretizar* não é aleatório. Trata-se de uma referência ao autor alemão Friedrich Müller, o primeiro teórico a tratar da diferença entre texto e norma, demonstrando a importância e o dever de manutenção do programa da norma diante do caso concreto. Concretizar, para F. Müller, implica aplicar a norma ao caso concreto. (MÜLLER, 2009).

<sup>4</sup> *Hard cases* deve ser entendido aqui no sentido hermenêutico desenvolvido por Lenio Streck, isto é, como aquelas controvérsias jurídicas que exigem mais do julgador, por terem um nível de complexidade avançado.



Nesse sentido, na tentativa de responder a este questionamento, para esta investigação, é fundamental desenvolver pelo menos dois principais eixos de abordagem neste artigo: primeiro, aquele que situa o leitor em relação ao plano do Direito Ambiental (transformações e proteção jurídica); segundo, o que apresenta os elementos indispensáveis à construção de uma Teoria da Decisão Judicial.

Considerando tudo isso, o texto está dividido em três partes, capítulos específicos, cujo conteúdo pode ser abaixo sintetizado como modo de apresentar o argumento presente neste artigo:

O *capítulo 01* visa a situar o leitor no tema *A proteção jurídica do meio ambiente: aspectos constitucionais e de Teoria do Direito*, no intuito de apresentar o modo como o ordenamento brasileiro vem tratando da tutela ao meio ambiente, bem como apresentando os dilemas existentes que caracterizam a sociedade do risco, onde o progresso econômico entra em choque com as perspectivas de proteção do meio ambiente, sendo necessária uma compreensão do problema ambiental sob um prisma de ampla preservação.

O *capítulo 02* objetiva a apresentar uma singela demonstração sobre como o o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no que diz respeito à responsabilização criminal pela prática de dano ambiental, ofertando uma espécie de panorama que envolve a problemática da decisão judicial sobre a matéria.

Por fim, o *capítulo 03* tem o condão de apresentar a importância e a necessidade de uma Teoria da Decisão Judicial em Direito Ambiental, nos termos como é proposto por Lenio Streck. A ideia para este último capítulo é demonstrar que, hermeneuticamente, a existência de *vácuos legislativos* (comumente chamados de lacunas) não pode ser considerada uma autorização para que o Judiciário julgue discricionariamente, o que resulta afirmar que a postura judicial deve espelhar coerência e integridade, na linha defendida pelo autor norte-americano Ronald Dworkin<sup>5</sup>.

---

Não se trata de uma cisão estrutural, como pretendem os positivistas, por exemplo. Sobre o tema, ver: (STRECK, 2008, p. 192-213).

<sup>5</sup> Coerência e integridade são conceitos fundamentais para a compreensão da proposta dworkiniana que aparecem na obra: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Editora, 2007. Ainda, sobre o tema, a seguinte obra de Stephen Guest apresenta uma visão panorâmica, mas também aprofundada, sobre a teoria integracionista de Dworkin: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.



Ainda dentro deste nicho temático, salienta-se a necessária compreensão adequada sobre o conceito de princípio<sup>6</sup>, que, na maioria dos casos, têm servido como meio para dar *verniz de legitimidade* a decisões judiciais arbitrárias, dando surgimento ao que o jurista gaúcho tem chamado de “farra dos princípios”, isto é, ao pamprincipiologismo<sup>7</sup>, compreendido como um problema para a Teoria do Direito em democracias.

Por fim, em termos de estratégia metodológica, este estudo é guiado pelo pressuposto teórico que norteia a produção acadêmica do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos – Universidade do Vale do Rio dos Sinos –, na linha de pesquisa *Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos*, qual seja, o método fenomenológico-hermenêutico, vinculado às bases filosóficas de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Este “método” tem como pressuposto a capacidade questionadora de olhar para a tradição (e, no caso do Direito, para as concepções jurídicas pretensamente já sedimentadas) de modo crítico, numa reconstrução de sentido sobre algo. A metodologia empregada neste trabalho implica um modo de filosofar, concebendo os caminhos metodológicos sempre como precários e provisórios, ou seja, elementos dos quais não se possui total apreensão e domínio (STEIN, 1983).

Assim, a fenomenologia hermenêutica sustenta o presente artigo a partir da preocupação e da crítica sobre a naturalização de discursos que acreditam que, diante de um *hard case*, é possível atribuir liberdade decisória ao julgador. É preciso colocar isso sob questionamento. Por outro lado, mas vinculando-se a isso, no âmbito da teoria de base que direciona o texto, tem-se a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> A discussão sobre o conceito de princípio aparece na obra de Rafael Tomaz de Oliveira, no enfrentamento que faz da proposta alexyana através dos aportes teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>7</sup> “Pamprincipiologismo” é um dos verbetes do “Dicionário de Hermenêutica” publicado por Lenio Streck. Para o jurista gaúcho, o problema está no papel que vem sendo equivocadamente atribuído aos princípios, sendo usados para justificar decisões judiciais pautadas por critério de vontade. *Princípios* passou a representar uma espécie de *FastPass jurídico* – um modo “institucionalizado” de se chegar a um objetivo (pessoal do julgador) desde sempre pretendido. (STRECK, 2017).

<sup>8</sup> A Crítica Hermenêutica do Direito é movimento fundado por Lenio Streck, que olha para o fenômeno jurídico de modo crítico, o que é possibilitado por sua vertente filosófica. Sobre a CHD, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. Ainda, há um artigo, escrito por Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade, que explicam, como orientandos que foram de Lenio Streck, a CHD: TRINDADE, André Karam; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326. set./dez. 2017.



## **1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E DE TEORIA DO DIREITO**

De acordo com Sarlet e Fensterseifer (2013), a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972) apresenta-se como o marco jurídico inicial da proteção ambiental, projetando pela primeira vez no horizonte jurídico, sobretudo internacionalmente, a ideia em torno de um direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, albergando a ideia de qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar.

Oportuno mencionar que a ratificação da proteção ambiental como preocupação de toda a comunidade internacional veio com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, sediada no Rio de Janeiro em 1992. A partir das propostas para que se conseguisse chegar ao tão almejado equilíbrio ecológico com o desenvolvimento sustentável, a maioria das constituições do mundo deu atenção especial ao tema meio ambiente.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a influência do Direito Constitucional comparado e mesmo do Direito Internacional, positivou o meio ambiente como bem jurídico tutelado. Na busca da tutela ambiental, o sistema constitucional brasileiro adotou a tríplice responsabilidade (civil, penal e administrativa), referendada em seu art. 225, § 3o, o qual dispõe que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

A Carta de 1988 considerou “o ambiente como bem de uso comum do povo”, atribuindo-lhe inegável caráter de macrobem. Essa opção político-jurídica delineada na nossa Lei Fundamental de 1988 (art. 225) estabelece uma visão ampla de ambiente, não restringindo a realidade ambiental a mero conjunto de bens materiais (florestas, lagos, rios) sujeitos ao regime jurídico privado, ou mesmo público stricto sensu, pelo contrário, confere-lhe caráter de unicidade e de titularidade difusa. Nessa perspectiva difusa de macrobem, o ambiente passa a ser concebido como um bem abstrato de valor intrínseco, onde todos são titulares e



necessitam do bem ambiental para atingir a própria qualidade de vida humana (CANOTILHO, 2012, p. 167).

A Constituição da República Federativa do Brasil, afastando-se do paradigma estritamente antropocêntrico e ultrapassando a concepção de dignidade como condição limitada à vida humana, concebe o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e requisito essencial à sadia qualidade de vida. Instituído um sistema de responsabilidades compartilhadas, incumbiu o Poder Público e a coletividade de preservar o macrobem ambiental para as gerações presentes e futuras (LEITE; FERREIRA; BORATTI, 2010).

As Constituições brasileiras que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do ambiente de forma específica e global. Nas “Constituições precedentes, não foi empregada a expressão meio ambiente, dando a revelar total inadvertência ou até despreocupação com o espaço em que vivemos”. Assim, a Constituição de 1988 pode ser denominada “verde”, pelo destaque que oferece à proteção ao meio ambiente (MILARÉ, 2011, p. 183-184). É de se observar, inclusive, que o Texto da Carta Magna de 1988 abrangeu a “indispensável oportunidade do que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza” -, traduzindo em vários dispositivos “aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente” (MILARÉ, 2011).

O meio ambiente, elevado à categoria de bem juridicamente tutelado pela Constituição da República de 1988, não pode ser tratado simplesmente como um somatório de seus fatores, considerando-se cada um de modo isolado. Ao contrário, consoante adverte Cruz, o meio ambiente é o resultado de um conjunto de bens que, conquanto possam ser compreendidos individualmente (ar atmosférico, fauna, flora, recursos minerais, recursos hídricos etc.), não podem ser vistos isoladamente, uma vez que o meio ambiente não é tão somente o conjunto estático destes bens, mas, sim, toda a complexa teia de interligações e interrelações entre eles (CRUZ, 2008).

Portanto, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em dispositivo específico a ideia do meio ambiente, representou uma verdadeira transformação na própria ideia do significado do bem ambiental. É a primeira vez na história constitucional brasileira que se tratou do meio ambiente não somente em dispositivos esparsos que se referem a recursos



ambientais isoladamente considerados, mas, sim, de forma orgânica e unitária, tratando categoricamente da questão ambiental.

Cabe trazer à tona que tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira convergem no sentido de reconhecer o direito ao ambiente como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, mesmo que a questão ambiental não tenha sido direta e expressamente incluída no elenco dos direitos e deveres fundamentais do Título II da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais exercem a função de garantias contramajoritárias que se opõem aos desejos da maioria que se expressam por intermédio de decisões do Legislativo<sup>9</sup>. Neste passo, ter um direito fundamental é possuir um direito que não se dissolve em razão das aspirações majoritárias. Trata-se de um direito que realiza o princípio do Estado de direito contendo o desdobrar do princípio democrático. Os direitos fundamentais são direitos subjetivos que se constituem em posições jurídicas subdivididas em direitos a algo, liberdade e competências.

Canotilho e Leite (2012, p. 221) afirmam que na inserção do direito fundamental “ao meio ambiente sadio nos mais diversos contextos constitucionais, pode se vislumbrar a existência de três dimensões jurídicas. O direito ao ambiente aparece positivado nas dimensões objetiva, subjetiva e objetivo-subjetiva”. Na primeira, adverte-se simplesmente a dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, estabelecendo o dever de proteção ambiental e, portanto, afastando-se da vinculação exclusiva com os interesses essencialmente humanos.

Desse modo, a proteção do meio ambiente, embora, esteja ainda vinculada ao interesse humano, se dá de forma autônoma, sem que seja conferido ao indivíduo um direito subjetivo ao ambiente de forma exclusiva. Na segunda, reconhece-se exclusivamente a dimensão subjetiva do direito em questão, isto é, o meio ambiente é considerado em uma perspectiva ainda antropocêntrica, e limita-se a atribuir a todos o direito de viver em um ambiente de qualidade. Para tanto, “atribui-se um direito – o de viver em um ambiente saudável – ao

---

<sup>9</sup> Jon Elter afirma que o constitucionalismo, pelos direitos fundamentais que lhe dão conteúdo, pode ser considerado um dispositivo contramajoritário, junto com a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos e a jurisdição constitucional. (ELSTER, 1998).



indivíduo (seja individual, seja coletivamente), a que correspondem uma obrigação estatal de concretização”.

Por fim, na terceira, tem-se um direito fundamental de natureza dúplice, projetado em uma dimensão objetivo-subjetiva e, nesse sentido, aliando deveres e direitos em uma única formulação. A dimensão objetivo-subjetiva do ambiente é a mais avançada e moderna, porquanto repele a proteção ambiental em função da ética antropocêntrica alargada (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 221-224).

O enunciado normativo do artigo 225, caput, demonstra a concepção jurídica conferida ao bem ambiental pelo Estado brasileiro. A Carta Magna de 1988 “contemplou o meio ambiente como bem que perpassa a concepção individualista dos direitos subjetivos, pois o reputou como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 221-224). Desta forma, o texto constitucional impôs ao Estado e à coletividade o dever de preservar o ambiente para as presentes e futuras gerações.

## **2 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Como foi demonstrado acima, embora a preocupação constitucional tenha sido grande em tutelar o meio ambiente, instituindo a possibilidade responsabilidade penal no caso de práticas consideradas lesivas, sua regulamentação legislativa não foi satisfatória. Com efeito, a Lei n. 9.605/98) ainda precisava de adequação das normas penais e processuais penais para a responsabilidade criminal.

Como isso não ocorreu e, diante de casos jurídicos que chegavam ao Judiciário, coube então à jurisprudência tentar sanar lacunas deixadas pela lei. Esse capítulo baseia-se na análise dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça para elucidar as contribuições da jurisprudência sobre o tema.

Após a análise de acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se que os argumentos utilizados para a incidência do Direito Penal na esfera ambiental não são uníssonos, tendo em vista que o Tribunal apresenta decisões contrariando a aplicação jurídico-penal do meio ambiente, sob o argumento de que o bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal necessita revestir-se de dignidade penal.





Ressalta-se que por diversas vezes acórdãos utilizaram a intervenção mínima do Direito Penal, para impossibilitar a aplicação do instituto em questão na esfera do meio ambiente, e afirmaram que o Direito Penal só se legitima quando insuficiente a tutela de outros ramos do ordenamento jurídico. Por exemplo, nos casos em que houvesse a mínima ofensividade da conduta, inexpressividade da lesão jurídica provocada e reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente seria perfeitamente possível a incidência do princípio da insignificância.

Para visualizar tal impasse (e comprovar o argumento), basta apresentar alguns dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, como os que seguem abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME AMBIENTAL. PRINCÍPIOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA PREVENÇÃO. POLUIÇÃO MEDIANTE LANÇAMENTO DE DEJETOS PROVENIENTES DE SUINOCULTURA DIRETAMENTE NO SOL EM DESCONFORMIDADE COM LEIS AMBIENTAIS. ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/198. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE LESIVA DE CAUSAR DANOS À SAÚDE HUMANA EVIDENCIADA. CRIME CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I. Os princípios desenvolvimento sustentável da prevenção, previsto no art. 25, da Constituição da República, devem orientar interpretação das leis, tanto no direito ambiental, no que tange à matéria administrativa, quanto no direito penal, porquanto meio ambiente é um patrimônio para essa geração e para as futuras, bem com direito fundamental, ensejando adoção de condutas cautelosa, que evitem ao máximo possível o risco de ano, ainda que potencial, o meio ambiente. I. A Lei n. 9.605/198, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente dar outras providências, constitui divisor de águas em matéria de repressão a ilícitos ambientais. Isto porque ela trouxe um outro viés, um outro padrão de punibilidade em matéria de crimes ambientais, trazendo a figura do crime de perigo. I. O delito previsto na primeira parte do art. 54, da Lei n. 9605/198, possui natureza formal, porquanto risco a potencialidade de dano à saúde humana, é suficiente para configurar conduta delitiva, não se exigindo, portanto, resultado naturalístico. Precedente. IV. A Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável da prevenção, indicando acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do artigo 54, da Lei n. 9605/198, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é idônea configura o crime de poluição, evidencia sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato. V. Configurado crime de poluição, consistem no lançamento de dejetos provenientes da criação de cerca de dois mil suínos em sistema de confinamento em 3 (três) pocilgas verticais, despejados a céu aberto, correndo por uma vala que os leva até às margens do Rio do Peixe, situado em área de preservação permanente, sendo



atividade notoriamente de alto potencial poluidor, desenvolvida sem o devido licenciamento ambiental, evidenciando a potencialidade do risco à saúde humana. VI. Agravo regimental provido e recurso especial improvido, restabelecendo-se o acórdão recorrido. ACÓRDÃO Visto, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, "Perseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Laurita Vaz. Votou vencido Sr. Ministro Marco Aurélio Belize. Não participou do julgamento Sr. Ministro Jorge Mussi (art. 162, §2º do RI STJ). Brasília (DF), 18 de junho de 2014 (Data do Julgamento) MINISTRA REGINA HELNA COSTA Relatora. AgRg no Recurso Especial No. 1.418.795 - SC (2013/0383156-9 - 07/08/2014). Relator: Ministro Marco Aurélio Belize. R.P/Acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Edgar Antônio Castegnaro. Advogado: Rodrigo Indalêncio Vilela Veiga e outro (s).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ART. 40 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME AMBIENTAL. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA DE ORIGEM. PEQUENO PRODUTOR RURAL. ENTENDIMENTO EM SENTIDO CONTRÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de ser possível a aplicação do princípio da insignificância em sede ambiental, exigindo, para tanto, a conjugação dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. No caso, o Tribunal Regional, ao analisar o conjunto fático-probatório dos autos, entendeu que a lesão ao bem jurídico tutelado se revelou praticamente inexpressiva, ressaltando, ainda, que a área desmatada está se recuperando naturalmente. 3. Diante disso, concluiu que a intervenção do Poder Público por meio do direito Penal é desnecessária, considerando que não restou demonstrada a degradação ou risco de degradação de toda a flora que compõe o ecossistema local - Parque Nacional da Serra do Divisor -, objeto de especial preservação. 4. Nesse contexto, em recurso especial, não há como afastar essa conclusão e acolher a tese de que, "embora não tenha sido extensa a área lesionada, é inconteste que a conduta do ora agravado pode levar a um prejuízo muito mais elevado ao meio ambiente", ante a impossibilidade de reexame de provas (Súmula 7/STJ). 5. Cumpre registrar, ainda, tratar-se de pequeno produtor rural que utilizou a área desmatada para fins de sustento de sua família. Portanto, deve-se realizar, aqui, um juízo de ponderação entre o dano causado pelo agente e a pena que lhe seria imposta como consequência da intervenção penal do Estado. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

AgRg no RECURSO ESPECIAL No 1.366.185 - MG (2013/0041043-8). RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE. AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AGRAVADO: DONIZETE COSTA DO NASCIMENTO. ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO.



No caso em análise, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de ser possível a aplicação do princípio da insignificância em sede ambiental, exigindo, para tanto, a conjugação dos seguintes vetores: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Ressaltou, ainda, que a intervenção do Poder Público por meio do Direito Penal é desnecessária, considerando que não ficou demonstrada a degradação ou risco de degradação de toda a flora que compõe o ecossistema local. Nesse sentido, observe-se os seguintes acórdãos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 34 DA LEI N. 9.605/1998. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM PROTEGIDO PELA NORMA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. 1. Esta Corte Superior, em precedentes de ambas as Turmas que compõem a sua Terceira Seção, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. Precedentes. 2. Muito embora a tutela penal ambiental objetive proteger bem jurídico de indiscutível valor social, sabido que toda intervenção estatal deverá ocorrer com estrita observância dos postulados fundamentais do Direito Penal, notadamente dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima. 3. A aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem. 4. No caso, embora a conduta do apenado - pesca em período proibido - atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, na medida em que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, pois em seu poder foram apreendidos apenas seis peixes, devolvidos com vida ao seu habitat, conduta que não é suficiente para desestabilizar o ecossistema. 5. Agravo regimental a que se dá provimento a fim de acolher o recurso especial e absolver o agravante em face da atipicidade material da conduta praticada. (AgRg no REsp 1320020/RS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 23/05/2013).



RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PESCA COM PETRECHOS NÃO PERMITIDOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II, DA LEI N. o 9.605/98. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. RECURSO PROVIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância nos crimes contra o meio ambiente, reconhecendo-se a atipicidade material do fato, é restrita aos casos onde e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. Afinal, o bem jurídico tutelado é a proteção ao meio ambiente, direito de natureza difusa assegurado pela Constituição Federal, que conferiu especial relevo à questão ambiental. 2. Verifica-se que se insere na concepção doutrinária e jurisprudencial de crime de bagatela a conduta dos Recorrentes - sem registro de antecedentes criminais nos autos, aos quais não se atribuiu a pesca profissional ou reiteração de conduta -, que não ocasionou expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, já que foram apreendidos, além de alguns artefatos, apenas 1,180Kg (um quilograma e cento e oitenta gramas) de traíra e 1,350Kg (um quilograma e trezentos e cinquenta gramas) de tilápia, o que afasta a incidência da norma penal. 3. Recurso ordinário provido para, aplicando-se o princípio da insignificância, determinar o trancamento da Ação Penal n. o 0098852- 34.2012.8.13.0056. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM HABEAS CORPUS No 35.577 - MG (2013/0034154-4) RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ RECORRENTE: ELIAS DA SILVA SOARES. RECORRENTE: ROBERTO CARLOS DE OLIVEIRA. ADVOGADOS: ANDERSON LUIS SENA SILVA E OUTRO(S). ULISSES PABLO BATISTA. RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Considerando-se a inexistência de lesão ao meio ambiente, o Tribunal não invoca a proteção do Direito Penal na tutela do meio ambiente, reconhecendo a atipicidade material da conduta. Desta forma, através do recolhimento e transcrição das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pode-se observar que apesar da dissonância existente entre os julgados, a proteção jurídico-penal tem sido uma grande preocupação jurídica frente à ameaça de riscos potencialmente degradadores do meio ambiente e em face da incerteza científica em relação a danos que possam ocasionar ao ecossistema. Resta evidenciada também a imprescindibilidade da análise ambiental de maneira mais ampla, ou seja, numa visão através das sanções penais. Há um entendimento claro no Superior Tribunal de Justiça de que seja importante a aplicação do Direito Penal junto à regulação jurídica do meio ambiente, em face de sua salvaguarda para presentes e as futuras gerações.



### **3 CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL NA JURISPRUDÊNCIA AMBIENTAL**

O objetivo de trazer os julgados acima referidos era somente para viabilizar um elemento de problematização ao texto, isto é, pontuar algo que servisse de impulso para a reflexão que será feita neste capítulo. Como se pode perceber, o desafio do Direito Ambiental na contemporaneidade é ter instrumentos necessários para conter as possibilidades de lesão ao meio ambiente, mas também punir aquelas que já aconteceram, a fim de que esta punição seja capaz de desestimular práticas que tendam a degradar o meio ambiente, evitando, assim, reiteradas condutas lesivas.

Na verdade, o que se visualiza é a velha tensão entre o que a Constituição, em seu projeto político de Estado e sociedade prevê, e aquilo que é capaz de ser efetivado/concretizado. O grande problema é que, a partir de discursos que estão centrados na urgência da intervenção estatal e nos riscos que a ausência de uma severa punição em sede de Direito Ambiental representa, é possível que ocorram outros tipos de danos. Danos ao constitucionalismo e às conquistas históricas, direitos e garantias que só passaram a ser previstos constitucionalmente após o forte movimento de democratização provocado pela mais recente constituinte brasileira.

A provocação que se faz neste momento parte da escassez legislativa que envolve o tema crimes ambientais. E, assim, diante da formação de um *case* jurídico perante o Judiciário, surge a pergunta: a conduta é passível de punição? Diante da lacuna legislativa, qual o papel do Judiciário? Seria, ao velho estilo do realismo jurídico, construir o direito aplicável como se legislador fosse, algo que muitas vezes se fundamenta no dever constitucional do Estado de tutelar o meio ambiente de modo abrangente?

Abre-se espaço aqui para um ponto interessante: é preciso perceber que a compreensão do fenômeno jurídico como um todo exige um exercício de Teoria do Direito. Afinal, quando se pergunta como o Judiciário deve atuar em circunstâncias como esta, está-se questionando como deve ser compreendido seu papel. Então, qual o papel do Judiciário hoje, nas democracias contemporâneas?



Os modelos de Estado – Liberal, Social e Democrático de Direito – de certo modo indicaram a ênfase em cada um dos Poderes do Estado (STRECK, 2014). Num primeiro momento, era vivenciada uma fase Legislativa do Estado, com a asseguarção de direitos mediante lei. Depois disso, começa-se a questionar as condições para implementar os direitos previstos legislativamente, do que ganha papel central o Executivo, em especial através da formulação de políticas públicas (STRECK; BOLZAN DE MORAIS 2013).

O Estado Democrático de Direito inaugura uma fase cuja ênfase passa a ser o Judiciário. É a partir do constitucionalismo democrático (1988) que se começa a visualizar um grau acentuado de intervenção judiciária. Neste momento, surgem fenômenos que ficaram conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial, ambos vinculados a modos de compreender a atuação do Judiciário brasileiro na contemporaneidade.

é preciso diferenciar o ativismo judicial da judicialização da política, questão que no Brasil foi examinada com pouca profundidade, como se os fenômenos tratassem da mesma coisa. Essa dificuldade conceitual deve ser enfrentada, especialmente porque vivemos sob um regime democrático, cujas consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais. É nesse sentido que é possível afirmar que a judicialização da política é um fenômeno, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial, porque decorre de condições sociopolíticas, bem como consiste na intervenção do Judiciário na deficiência dos demais Poderes. Por outro lado, o ativismo é gestado no interior da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos. (STRECK, 2017, p. 87).

É neste contexto que Lenio Streck funda uma matriz de pensamento para o Direito, a Crítica Hermenêutica do Direito, que, dentre os vários pilares que a sustenta, está a defesa da tese da possibilidade e da necessidade de resposta correta em Direito. A resposta correta em Direito de Lenio Streck deve ser compreendida como *constitucionalmente adequada*, isto é, tomada por parâmetros de constitucionalidade, no seguinte sentido:

Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo Contemporâneo e positivismo (em suas várias correntes) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é



possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do Direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o Direito, a partir de uma dogmática jurídica refém do positivismo jurídico cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto. (STRECK, 2017, p. 96).

Afirmar a existência de uma resposta correta, como se pode perceber, implica um compromisso. Mas qual seria ele? A capacidade de indagar pelo acerto ou não da tomada de decisão judicial. Isto é, defender a necessidade de respostas constitucionalmente implica uma Teoria do Direito que abranja uma Teoria da Decisão Judicial. É o que faz a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck: apresentar elementos que indiquem a necessidade de caminhos para se chegar à melhor interpretação jurídica: aquela que esteja pautada por critérios jurídicos (não de política, economia/mercado, moral etc.), isto é, passível de se fundamentar através de um padrão normativo e, ao mesmo tempo, de dar continuidade a ele.<sup>10</sup>

A necessidade de uma Teoria da Decisão Judicial está vinculada a dois temas que se conectam a um autor que é caro à Crítica Hermenêutica do Direito, Ronald Dworkin<sup>11</sup> – coerência e integridade. Dworkin afirma que, ao julgar um caso concreto, o julgador deve respeitar duas dimensões: a de ajuste e a de justificação. A dimensão de ajuste corresponde exatamente à ideia de coerência, de respeito à uma prática social compartilhada; por sua vez, a de justificação relaciona-se com a ideia de integridade, isto é, de desenvolvimento de uma argumentação jurídica que seja capaz de encontrar o melhor padrão normativo para fundamentar o caso (TASSINARI, 2013).

Este é o ponto que interessa à reflexão presente neste artigo. A existência de lacunas no direito brasileiro (ou a vagueza e a ambiguidade das leis) não pode ser vista como um problema cuja solução se encontra na discricionariedade judicial. Ao contrário, o esforço do

---

<sup>10</sup> É neste sentido que Lenio Streck faz a distinção entre decisão e escolha. A decisão deve ser jurídica. Escolhas são atos da razão prática. (STRECK, 2015. p. 112).

<sup>11</sup> Um dos autores influenciados pela CHD que melhor explora a obra de Ronald Dworkin é Francisco José Borges Motta. Sobre o tema, ver: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.



jugador deve ser sempre no sentido de julgar a partir de um padrão normativo. É justamente neste ponto que o papel dos princípios ganha destaque: porque eles são os elementos que fundamentam a existência de determinado direito. Portanto, como afirma Lenio Streck, eles fecham a interpretação (não abrem) (STRECK, 2017).

Na ausência de produção legislativa que seja capaz, existem elementos que devem *iluminar* a decisão judicial, bloqueando qualquer possibilidade de criação judicial discricionária. Por isso, no âmbito do Direito Ambiental torna-se ainda mais necessária a defesa de uma Teoria da Decisão Judicial, porquanto, diante da escassez legislativa, é preciso que o Judiciário interprete o caso em sua melhor luz: recuperando elementos de teoria do direito penal e ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há que se pensar na adequação do modo de garantir a proteção aos bens difusos aos cidadãos frente a suas próprias garantias, as quais estão resguardadas no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Seguindo esse raciocínio, o Direito Penal então, ao tentar “socorrer” de urgência (velocidade) o meio ambiente, não pode trazer consigo outro tipo de risco: o da insegurança jurídica. Em outras palavras, ao tentar solucionar o problema dos riscos ecológicos pelo Direito Penal, não se pode criar outros riscos, igualmente graves, aqueles político-criminais.

A compatibilidade da tutela penal-ambiental deve ser admitida desde que condicionada aos princípios constitucionais penais e conjugada às tutelas administrativas e civis. Destarte, é inegável que os desafios impostos pela pós-modernidade estão a exigir novas reflexões, porquanto a dogmática penal eficientemente adequada à contenção dos grandes riscos encontra-se em fase de elaboração, o que enseja a realização de estudos para a criação de novas formas de atuar do aparato penal que se ajustem às situações de riscos.

Não se pode olvidar os reflexos que uma mudança abrupta no Direito Penal pode ocasionar nas garantias individuais, caso não esteja devidamente embasada teoricamente. Diante dos apontamentos realizados no presente trabalho, observa-se a imprescindibilidade da análise ambiental de maneira mais ampla. Inevitável, então, o abandono da mera repetição do discurso sobre os riscos apresentados na sociedade moderna, para refletir sobre os efeitos da temática ambiental à luz da Constituição brasileira e de todo o caldo teórico que já foi





produzido. Dessa forma, os resultados da pesquisa demonstraram que somente a partir de uma nova perspectiva de pensamentos será possível substituir posturas causalistas.

No combate a este tipo de postura, que se pauta por critérios de conveniência e urgência, é preciso recuperar os elementos epistemológicos de uma Teoria da Decisão Judicial, questionando, de modo fundamental, se a Constituição brasileira, a partir de seus princípios (com ampla densidade normativa), é capaz de sustentar a decisão. Se a resposta for não, está-se diante de qualquer outro juízo, menos jurídico.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Editora, 2007.

ELSTER, Jon. Regla de mayoría y derechos individuales. **La Política**: revista de estudios sobre el estado y la sociedad, Barcelona, n. 4, pp. 23-58. oct. 1998.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental**: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e à metódica estruturantes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.



SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental:** estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia:** estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Constituição: as conseqüências da (indevida) cisão entre “easy cases” e “hard cases” no Direito. **Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 2, p. 192-213, 2008.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme à consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais de teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise –** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Decisão judicial e o conceito de princípio:** a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TRINDADE, André Karam; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326. set./dez. 2017.