



# A TUTELA PENAL AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO: ABORDAGEM DA PROBLEMÁTICA SOCIAL SOB A ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS<sup>1</sup>

ENVIRONMENTAL PROTECTION CRIMES IN BRAZILIAN LAW FROM THE VIEWPOINT OF  
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND GUARANTEES

*José Renato Martins<sup>2</sup>*

## Resumo

Este trabalho foi realizado com o objetivo de tecer considerações sobre a tutela penal ambiental no direito brasileiro, particularmente, em relação à Lei de Crimes Ambientais – Lei 9.605/98, partindo-se de uma breve análise da problemática ambiental na sociedade contemporânea, tendo o meio ambiente como objeto de proteção jurídica, analisando-se o emprego do direito penal para a proteção desse bem jurídico e os instrumentos dogmáticos próprios dessa ciência que tem sido utilizados para a proteção do meio ambiente, bem como a confrontação dessa espécie de tutela penal com as garantias constitucionais, concluindo-se, ao final, reflexiva e criticamente sobre o tema, de extrema importância para o direito penal da atualidade.

**Palavras-chave:** Direito ambiental; Tutela penal; Fundamentos e princípios constitucionais.

## Abstract

This work was carried out with the aim of weaving considerations over environmental protection crimes in Brazilian law, particularly in relation to the Environmental Crimes Law – Law nº 9.605/98, in a brief analysis of environmental issues in the contemporary society, and the environment as an object of legal protection, analyzing the use of criminal law for the protection of this legal interest, and the dogmatic instruments of this science that have been used for the protection of the environment, as well as the confrontation of this species of criminal protection with the constitutional guarantees, concluding, at the end, reflective and critically about this theme, of utmost importance to the current criminal law.

<sup>1</sup> Artigo recebido em 24/04/2014, pareceres submetidos em 24/07/2014 e 25/07/2014 e aprovação comunicada em 13/10/2014.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP e Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Doutor da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Coordenador do Curso de Graduação em Direito "Campus" Taquaral - Piracicaba/SP (Mandato 2007-2010 e 2011-2014). E-mail: <jmartins@unimep.br>



**Keywords:** Environmental law; Criminal protection; Constitutional principles and basics.

## 1 A PROBLEMÁTICA AMBIENTAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE PROTEÇÃO JURÍDICA

Com o passar dos anos e décadas, percebe-se que as atividades e a vida do ser humano destroem progressivamente o Planeta e ameaçam as bases da própria vida.

À medida que a capacidade do homem de aproveitar os recursos e de interferir nos processos da natureza foi aumentando, as sociedades cresceram, passando a deixar marcas cada vez mais profundas no ambiente.

Nos últimos tempos, em meio à denominada sociedade de risco,<sup>3</sup> tudo se acelerou: o crescimento demográfico, os progressos científicos e técnicos, as novas tecnologias, a mecanização e motorização da produção e dos transportes, a utilização crescente de energia, a urbanização ... E, mais recentemente, o homem tem ocasionado desequilíbrios cada vez maiores e uma completa degradação do meio ambiente, não apenas nos territórios em que vive, mas também nos ciclos essenciais à reprodução das condições de vida na Terra.

A perspectiva de progresso, sobretudo após as transformações advindas com a Revolução Industrial, considerada marco histórico do século XIX e o fenômeno de maior relevância da era contemporânea, o entusiasmo com as constantes descobertas tecnológicas e as inesgotáveis necessidades humanas de consumo, estimuladas por este novo modelo de desenvolvimento, fizeram com que fossem ignorados os perigos da poluição e seus alertas.

---

<sup>3</sup> Conforme afirmam Beck, Giddens e Lash, o conceito de sociedade de risco provoca transformações notáveis e sistêmicas em três áreas de referência. Em primeiro lugar, há o relacionamento da sociedade industrial da pós-modernidade com os recursos da natureza e da cultura, sobre cuja existência ela é construída, mas que são dissipados no surgimento de uma modernização amplamente estabelecida. Em segundo lugar, há o relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas produzidos pela mesma, excedendo as bases das ideias sociais de segurança. Por essa razão, assim que as pessoas tomam consciência desses problemas, são capazes de abalar as suposições fundamentais da ordem social convencional. Finalmente, em terceiro lugar, as fontes de significado coletivas e específicas de grupo na cultura da sociedade industrial estão sofrendo de exaustão, desintegração e desencantamento. In: Beck; Giddens; Lash, 1997, p. 18.



Foi somente nas últimas décadas do século XX que surgiram os primeiros sinais do despertar da preocupação com a preservação da natureza, tendo em vista a percepção dos efeitos danosos da degradação ambiental na saúde e na qualidade de vida do ser humano, decorrentes de suas crescentes interferências, impostas indiscriminadamente ao meio ambiente, natural e artificial, sobretudo nas sociedades industrializadas, cuja situação era agravada pela explosão demográfica e pela concentração urbana desordenada.

Guido Fernando Silva Soares comenta que:

Uma revisão da história passada demonstra que a natureza, com seus valores, foi uma descoberta da segunda metade do século XX, e os motivos parecem ser claros: lutar contra a degradação intolerável do meio ambiente, com vistas à saúde e ao bem-estar da espécie humana. As primeiras regras jurídicas que emergiram e eram destinadas à proteção do meio ambiente, tiveram como finalidade, portanto, a proibição expressa daquelas atividades das quais resultavam efeitos danosos à saúde do ser humano. Muito posteriormente, as normas jurídicas passaram a preocupar-se com outros valores do meio ambiente, como a sanidade da vida animal e vegetal, bem como a interação necessária entre os seres vivos e seu entorno. (SOARES, 2003, p. 15-16)

Paralelamente, foi se consolidando na comunidade internacional uma visão holística<sup>4</sup> do meio ambiente e a consciência de que as grandes questões ambientais interessam a todos os Estados, independentemente das delimitações de territórios, do estabelecimento de fronteiras políticas, bem como de maior ou menor desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico, recomendando, por conseguinte, a criação e a harmonização das políticas públicas e das normas jurídicas de proteção ambiental e de controle da poluição.

A respeito das dificuldades que podem decorrer da adoção de tratamentos jurídicos distintos, em razão da repartição política de uma unidade ambiental entre Estados soberanos, Guido Fernando Silva Soares também observa o seguinte:

Os países da atualidade, organizados em Estados, não podem prescindir da existência de um território reconhecido como deles, o qual, por sua vez, não pode existir sem uma delimitação física em relação aos outros países,

<sup>4</sup> Explica Séguin (2002, p. 4) que “o prefixo *holos* vem do grego significando inteiro, não fragmentado. Assim, uma abordagem holística seria a que procuraria uma visão de conjunto indissociável, interdependente e em constante mutação que representa a vida no Planeta Terra”.



sejam vizinhos ou não. Contudo, os rios fronteiriços não mudam as cores de suas águas quando atravessam fronteiras, nem as aves, os peixes e as correntes marítimas necessitam de passaportes e vistos de entrada para percorrer seu caminho natural de passar livremente do território de um Estado para o território de outro Estado, e, da mesma forma, os ventos que transportam poluição de um país para outro, não se submetem a nenhuma lei ou regulamento sobre transporte internacional de resíduos tóxicos. [...] Enfim, há fenômenos em que a noção de fronteira é propositadamente inexistente, como no caso do clima mundial, do patrimônio natural e cultural da humanidade, e, particularmente, nos espaços globais (conhecidos como os *global commons*): o alto-mar, o solo e o subsolo dos fundos marítimos e oceânicos, e o espaço sideral. (SOARES, 2003, p. 14-15)

E continua o citado autor, discorrendo sobre a inevitável interdependência existente entre os Estados:

A atual tomada de consciência da necessidade de prevenir-se contra a degradação do meio ambiente, o qual se encontra segmentado em inúmeras partes distribuídas pelos Estados, forçou os países a reconhecer que, no universo do planeta Terra, existe somente um único meio ambiente e a única maneira de ter-se uma regulamentação racional em relação a ele seria unificar os vários “meios ambientes” – local, nacional, regional ou internacional – num único sistema normativo, determinado pelo direito internacional. Um aspecto que tornava tal necessidade ainda mais premente dizia respeito à inutilidade de tomar-se qualquer providência no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, se não houvesse, ao mesmo tempo, idêntica providência por parte dos demais Estados. (SOARES, 2003, p. 39)

Evidenciada a interdependência e a necessidade de interação entre os Estados, estabeleceu-se um amplo debate na comunidade internacional a respeito das questões ambientais, envolvendo inclusive organizações internacionais e intergovernamentais e, de uma forma ainda incipiente, as organizações não governamentais (ONGs).

Como marco desse momento do cenário internacional e evento de grande repercussão no Direito Internacional do Meio Ambiente, foi realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no período de 5 a 16 de junho de 1972, em Estocolmo, na Suécia, a primeira grande conferência – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano – oportunidade em que foram discutidos entre os países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento os grandes temas e preocupações referentes à temática ambiental, resultando a Declaração de Estocolmo (Declaração sobre Meio Ambiente Humano), contendo 26 princípios e um Plano de Ação para o Meio Ambiente, composto de 105 declarações.



Michel Prieur, a propósito, comenta que:

O grande mérito da Conferência de Estocolmo de 1972 foi de forçar os países desenvolvidos a obter uma visão de ecologia que ultrapassa suas próprias preocupações resultantes das poluições provocadas por um desenvolvimento industrial descontrolado e um consumo excessivo dos recursos naturais. A realidade quotidiana da fome, da doença e da sobrevivência obrigava a elucidar as relações entre meio ambiente e desenvolvimento. [...] As preocupações ecológicas iam se revelar como um elemento indispensável ao desenvolvimento, lhe permitindo ser sustentável e não ser afetado por efeitos secundários imprevisíveis e deletérios [...]. (PRIEUR, 2001, p. 39-40)

Da Conferência de Estocolmo de 1972 e das diretrizes pela mesma estabelecidas, resultou o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, com sede em Nairóbi, ao qual incumbe, especialmente, “pôr em ação os princípios da Declaração de Estocolmo, concernentes, notadamente, a responsabilidade dos Estados pelos danos ecológicos, e o incentivo para concluir tratados tendo em vista proteger o meio ambiente”. (DESPAX, 1980, p. 659-660, *apud* SILVA, 2000, p. 67). Além disso, a Declaração de Estocolmo “abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um *direito fundamental* entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de *direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados*”. (SILVA, 2000, p. 67)

A despeito dessa conscientização globalizada e dos inúmeros tratados que sucederam tal Conferência, teve continuidade a escala de degradação do meio ambiente, inclusive com a ocorrência de reiteradas catástrofes ecológicas de grandes proporções, revelando a insuficiência das providências até então adotadas no cenário nacional e internacional.

Diante da inadiável necessidade de enfrentamento da crise ambiental instalada, foi instituída pelas Nações Unidas, em 1983, a denominada Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidida pela Primeira-Ministra da Noruega, Dr<sup>a</sup>. Gro Harlem Brundtland. Das inúmeras reuniões preparatórias, realizadas em diversos países, resultou o Relatório Brundtland, intitulado “Our Common Future” (*Nosso Futuro Comum*), entregue em 1987, traçando um panorama das principais questões ambientais mundiais e possíveis estratégias. Ideia



dominante apresentada neste relatório, vale registrar, foi a de desenvolvimento sustentável, introduzida como um novo paradigma, sem deixar de lado, todavia, as disparidades existentes entre os Estados e o enfrentamento da pobreza e do subdesenvolvimento como indissociáveis da solução dos problemas ambientais. (RUIZ, 1999, p. 21-22)

Posteriormente, em 1992, entre os dias 01 e 15 de junho, realizou-se no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais conhecida como Cúpula da Terra (*Earth Summit*) ou ECO-92. Dentre os inúmeros resultados dessa Conferência, podem ser destacadas: duas convenções internacionais de extrema importância (Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e a Convenção da Diversidade Biológica); a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; e a Agenda 21.

Os princípios normativos proclamados na Declaração do Rio traduzem os deveres a serem observados por todos os Estados, cujo enfoque primordial é a proteção do meio ambiente, reconhecido como direito das presentes e futuras gerações (Princípio 3)<sup>5</sup>. O desenvolvimento sustentável, nestes termos, é tido como conceito central a orientar e nortear todas as decisões e políticas públicas e privadas, no direito nacional e internacional (Princípio 4)<sup>6</sup>. Também é reafirmada a indispensável cooperação entre os povos, a luta contra a pobreza, inclusive com a adoção de política demográfica e a responsabilidade comum, mas diferenciada dos países industrializados. Ademais, dentre as diversas obrigações a serem observadas pelos Estados, merecem destaque: o princípio do poluidor-pagador,<sup>7</sup> da precaução<sup>8</sup> e de realização de estudo prévio de impacto ambiental.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Princípio 3 da Declaração do Rio: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e ambientais de gerações presentes e futuras”.

<sup>6</sup> Princípio 4: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste”.

<sup>7</sup> Na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, esse princípio foi enunciado no Princípio 16, que diz o seguinte: “Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”.



O conceito de sustentabilidade, portanto, traz em seu bojo um direito de equidade intergeracional, segundo o qual, as gerações presentes tem direito ao desenvolvimento, que deve ser exercido com equidade, de modo a permitir que sejam satisfeitas suas necessidades atuais, não comprometendo, contudo, os bens do patrimônio comum para as futuras gerações.

Por sua vez, com o conceito gerado de desenvolvimento sustentável passou a reinar uma percepção de que o homem só pode viver com dignidade se o meio ambiente for ecologicamente equilibrado, percepção essa que se disseminou mundialmente por volta das décadas de 60 e 70. (MACHADO, 2014, p. 70)

A ideia de desenvolvimento sustentável é associada à utilização dos recursos naturais e de desfrute do meio ambiente de modo a satisfazer as necessidades das gerações presentes sem o comprometimento das futuras gerações. É um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico, bem como as alterações institucionais harmonizam e combinam de uma vez o potencial do ser humano atual e futuro, visando à satisfação das necessidades e as aspirações humanas. (MARTÍN MATEO, 1991, p. 384)

Ocorre, no entanto, que a busca desenfreada pelo crescimento econômico subjugou o meio ambiente, ignorando ou fazendo passar despercebido o desenvolvimento sustentável e seus propósitos. A subsequente destruição da natureza se caracteriza nesse início de século XXI, como um dos maiores problemas da sociedade humana. (PRADO, 2013, p. 67) A sobrevivência da espécie humana e sua digna qualidade de vida dependem, de fato, da sustentação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. E o Direito, ciência que tem como objetivo

---

<sup>8</sup> O princípio da precaução foi expressamente previsto e definido, ainda, na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, no Princípio 15, que dispõe: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

<sup>9</sup> O Princípio 17 da Declaração do Rio de Janeiro também preconiza a utilização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, dizendo: “A avaliação de impacto ambiental, como instrumento nacional, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de uma autoridade nacional competente”.



regular a vida do ser humano em sociedade (HART, 2005, p. 13), não poderia permanecer alheio a essa situação.

Diante desse panorama assustador, com o propósito de lutar contra a degradação da natureza com todos os meios jurídicos possíveis, os Estados, por meio de seus ordenamentos, tem procurado atuar em várias frentes legais para proteção do meio ambiente<sup>10</sup>.

Em decorrência da indiscutível importância da sua preservação, gerada pela consciência da necessidade da proteção já destacada, que cada vez mais vem se acentuando, o Direito tem demonstrado particular interesse pelo meio ambiente, a ponto de este bem jurídico merecer tutela constitucional em muitos países. O Brasil, sabidamente, trouxe algumas das mais avançadas regras na busca de preservação desse novo ramo do direito (MARTINS, 2007b, p. 1)<sup>11</sup>.

No Brasil, primeiramente, o art. 225 da Constituição Federal de 1988 coroou todos os esforços ambientalistas na Assembleia Constituinte e atribuiu a esse bem jurídico de natureza supraindividual<sup>12</sup> um direito autônomo, isto é, o direito ao meio ambiente<sup>13</sup>, cuja preservação passa a ser a pilastra em que se assenta a política econômico-social do país<sup>14</sup>, e dedicou três parágrafos às atividades suscetíveis de causarem danos ambientais. Em vista deste projeto, chama a atenção aquele que trata da responsabilidade penal<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Na atualidade, a tutela jurídica do meio ambiente é mesmo uma exigência mundialmente reconhecida e a evolução normativa que se desenvolve tem como imperativo essencial de sobrevivência e solidariedade a responsabilidade histórica das nações pela preservação da natureza para o presente e o futuro. (PRADO, 2013, p. 70).

<sup>11</sup> Ou então, como afirma Edis Milaré, como consequência do registro feito por aquele autor, no sentido de que preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico se tornam questões de vida ou morte. (MILARÉ, 2005, p. 844).

<sup>12</sup> Adota-se, aqui, a denominação de direito supraindividual, muito embora, entenda-se que os três termos usualmente utilizados pela doutrina – supraindividual, difuso e coletivo – são, na verdade, o mesmo em sentido amplo. Assim, a distinção realizada por alguns estudiosos do Direito quanto às pessoas, determinadas ou indeterminadas, de um certo grupo perde a razão de ser ao se tomar a necessidade de que, mesmo dentro de uma massa indistinta de pessoas, alguns agentes tenham de ser identificados para poder se configurar uma lesão ou, ao menos, um prognóstico de lesão a um bem penalmente protegido. Nesse sentido: Silveira, 2003, p. 58-59.

<sup>13</sup> “Art. 225. Todos tem 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 para as presentes e futuras gerações”.

<sup>14</sup> Cf. art. 225, § 1º, da Constituição do Brasil.

<sup>15</sup> “§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.



Foi nessa esteira, que o legislador pátrio, seguindo a tendência de muitos países ocidentais, aprovou, em regime de urgência, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), festejada como objeto de grande avanço pelos defensores da natureza, gerando, porém, muitas discussões e dúvidas entre os juristas no tocante à sua aplicabilidade, tendo em vista os possíveis embates de suas normas com os princípios penais constitucionais (REALE JÚNIOR, 1999, p. 80-81), sugerindo, inclusive, a ineficácia desse tipo de proteção jurídica. (MENDES, 2000, p. 171-178)

Há também quem constate na Lei dos Crimes Ambientais uma marca clara de expansão do direito penal, porquanto, além de eivada de falta de técnica legislativa, criminaliza condutas irrelevantes, para em contrapartida conferir benesses em relação aos fatos mais gravemente lesivos ao meio ambiente. (REALE JÚNIOR, 2005, p. 74)

Contudo, antes de se analisar o tratamento jurídico-penal conferido pelo legislador pátrio à tutela do meio ambiente é imperioso discorrer acerca dos instrumentos específicos de proteção penal que tem sido utilizados por determinados ordenamentos estatais – inclusive o brasileiro – para a defesa desse bem jurídico de importância destacada no cenário jurídico pátrio e mundial.

## **2 A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E SUA ESPECIAL FORMA DE TUTELA**

Hodiernamente, apresenta-se indiscutível a tese de que é necessária a proteção efetiva do meio ambiente, cujo autor fundamental para exercer tal papel tem sido o Direito. Nesse diapasão, mesmo diante dos desafios às diversas áreas do conhecimento e do desenvolvimento humanos que essa espécie particular de tutela apresenta, os legisladores tem proclamado algumas boas razões para se lançarem na senda da tutela penal ambiental.

Pode-se, por exemplo, afirmar que o incremento da complexidade das relações sociais contemporâneas inaugurou novos espaços de interesse jurídico-penal e questões de diferenciado nível de complexidade, cuja problematização culminou no esgotamento explicativo dos critérios jurídicos clássicos, invocando novos estudos que permitam um já indispensável aprimoramento (D'ÁVILA, 2008, p.



307). Também, o clamor social existente neste domínio, inerente à amplitude do moderno movimento de neocriminalização e o fato de se tratar de matéria cuja dignidade penal já não se contesta (FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, 1984, p. 440-441). E ainda, o motivo que as normas gerais, não penais, muitas vezes se mostram insuficientes à proteção de interesses sociais, impondo-se a atuação do direito penal à efetivação da sua tutela. (MARTINS, 2007b, p. 2)

A despeito das razões que conduzem à intervenção do direito penal na tutela ambiental – necessária, como restou apontado –, diante da consolidação da mencionada sociedade de risco, nota-se que o direito penal é chamado a cumprir seu papel de instrumento de controle de riscos juntamente com as demais normas de outros ramos do Direito.

Nessa esteira, não bastam as regulamentações de natureza civil e administrativa para a tutela efetiva do ambiente; o direito penal também tem sua função na sociedade contemporânea, cujas características, contudo, facilitam o discurso pela expansão desse direito<sup>16</sup>, o que acaba colocando o gestor de riscos (legislador ou magistrado) diante de um conflito, haja vista que ele deverá lidar, ao mesmo tempo, com os discursos de retração dos âmbitos de abrangência das normas criminais e com a citada expansão do direito penal, o que envolve, inclusive, uma análise que perpassa toda a atividade político-criminal. (BOTTINI, 2007, p. 86)

Na realidade, o chamado caráter expansivo do direito penal vai além, assumindo, para Cornelius Prittwitz, um significado tridimensional, a saber: o adiantamento propriamente dito das barreiras entre os comportamentos impune e punível; a acolhida de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (como é o caso do meio ambiente, foco do presente estudo); e ainda, a redução das exigências à reprovabilidade, expresso na mudança de paradigma que vai da hostilidade para o bem jurídico e da perigosidade para o mesmo. (PRITTWITZ, 2003, p. 4)<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Tornou-se comum o discurso favorável ao afastamento dos princípios iluministas e de cunho marcadamente antropocêntrico do direito penal clássico. Passou-se a exigir um direito penal apto a lidar, cada vez mais, com bens jurídicos supraindividuais e de relevância capital. (POZZEBON, 2008, p. 369). Para Renato de Mello Jorge Silveira, a problemática da expansão do direito penal na atualidade também se reflete na imputação de riscos, cuja questão versa sobre a desmaterialização, ampliação e flexibilização dos princípios e garantias tradicionais. (SILVEIRA, 2006, p. 122).

<sup>17</sup> Sublinhe-se, porém, que Cornelius Prittwitz é adepto da Escola de Frankfurt e rechaça a expansão do direito penal, embora a citação possa conduzir a uma conclusão diferente.



Diante das necessidades impostas pela atual sociedade pós-industrial para a adaptação do direito penal, como meio de defesa efetivo face aos novos riscos e, portanto, visando fornecer respostas aos atuais clamores de proteção social, esse ramo do direito desenvolve modificações estruturais, adaptando o sistema repressivo ao fenômeno da sociedade de risco. Surge, então, o direito penal de risco<sup>18</sup> como um particular setor do pensamento penal, com intuito de atender aos anseios por respostas eficientes aos novos riscos da sociedade contemporânea.

O direito penal de risco, consequência dogmática dessa sociedade onde estão presentes os novos riscos, cunhados de alta tecnologia e potencialidade danosa, caracteriza-se por uma série de instrumentos com os quais se procura enfrentar satisfatoriamente tais questões. É em razão das novas incertezas, que se colocam sobre a determinação dos perigos e seu julgamento, que alternativas acabam sendo formuladas no interior do sistema político.

Assim, o direito penal de risco consiste no discurso jurídico, segundo o qual este direito deve ser utilizado para enfrentar os novos riscos sem quaisquer ressalvas, partindo de certas transformações significativas nos conceitos, institutos e princípios da dogmática. Em síntese, sugere a mitigação do princípio da reserva legal, o amplo emprego de mecanismos próprios de antecipação da tutela penal e o abandono de princípios básicos garantidores do cidadão ante o *ius puniendi*, como a culpabilidade e a imputação objetiva, entre outros. (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 132)

Destarte, identificam-se algumas características modernas do chamado direito penal de risco. Quer-se dizer com isso, que a dogmática penal contemporânea propugna pela utilização de alguns instrumentos próprios desse discurso político-criminal, com os quais pretende esse direito penal enfrentar com efetividade os novos riscos.

---

<sup>18</sup> O conceito de direito penal de risco aparece, inicialmente, em uma obra de Jürgen Wolter, de 1981, *Objektive und personale Zurechnung Von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Straftatsystem*. Para Renato de Mello Jorge Silveira, o direito penal de risco – que ele chama de direito penal de perigo – é “um direito penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, tanto se mostrando como instrumento eficaz de condução de comportamentos, como meio de defesa a novos riscos presentes hodiernamente, que pretende, assim, configurar uma ideia de segurança frente às inseguranças sociais”. (SILVEIRA, 2006, p. 99).



Nesta oportunidade, urge apontar quais os principais instrumentos dogmáticos próprios do direito penal de risco que tem sido empregados para a proteção do meio ambiente, a saber:

a) o ancoramento no *princípio da precaução* como alternativa necessária para pautar a administração dos riscos e ocupar os espaços de regulamentação institucional de atividades;

b) a utilização de *crimes de perigo abstrato* para a tipificação das condutas delitivas;

c) o recurso às *normas penais em branco* na busca da complementação típica exigida pela evolução tecnológica e científica das atividades geradoras dos novos riscos; e

d) a criação de *tipos penais abertos* como técnica legislativa que deve estar presente na sociedade de risco, abrindo-se espaço, inclusive, ao magistrado, enquanto gestor de riscos, para a complementação dos elementos (normativos) do tipo no momento de aplicação da lei.

O *princípio da precaução* surgiu na Alemanha, em meados da década de 1970, como fundamento de uma política intervencionista e centralizadora na área de poluição atmosférica, e em um contexto de grande agitação e preocupação social quanto aos perigos para a saúde pública advindos do *smog* fotoquímico e à perspectiva alarmante de destruição das florestas pelas chuvas ácidas. Tal como é interpretado nesse País, tem quatro postulados, a saber: (BOEHMER-CHRISTIANSEN, 1994, p. 37)

- detecção antecipada dos perigos, necessitando-se, para tanto, promover e incentivar a pesquisa e a investigação científicas;

- face à ameaça de danos irreversíveis, a ausência de provas científicas conclusivas não pode constituir argumento para adiar a adoção de medidas adequadas a controlar riscos de dano ambiental;

- promoção do desenvolvimento tecnológico e incentivo à criação de novos processos técnicos aptos a reduzir ou eliminar os níveis de descarga de poluentes; e



▪ constitui incumbência do Estado promover a introdução de processos e tecnologias mais limpas no setor privado.

Logo, o princípio da precaução é um instrumento próprio do direito penal de risco, com incidência muito significativa sobre o meio ambiente, cuja aplicação pressupõe, basicamente: a) condutas humanas com potencial para causar danos coletivos vinculados à situações catastróficas, que podem atingir os seres vivos em seu conjunto; e b) ausência de certeza científica ou evidências estatísticas sobre seus potenciais efeitos danosos.

Percebe-se, pois, que o princípio da precaução baseia a ação na mera suspeita dos riscos que determinada atividade pode comportar, mesmo diante da insegurança quanto à sua existência e ao seu desconhecimento, tanto da sua dimensão como de seus possíveis efeitos prejudiciais. Tal princípio toma corpo nos casos em que há uma perplexidade científica em relação aos processos causais nos quais a atividade pode desencadear, impedindo, assim, qualificá-los como previsíveis.

As incriminações mediante delitos de perigo abstrato, por exemplo, sob a perspectiva do direito penal de risco, demonstram decorrer desse raciocínio. A partir de tais formas de incriminação, o legislador adota medidas extremamente graves em relação a certas condutas que somente se “supõem” perigosas aos bens jurídicos, sem, entretanto, que se disponha de um juízo de certeza no que diz respeito aos resultados derivados das mesmas. Além disso, a imposição de pena toma por base uma operação probabilística, pois o magistrado, enquanto gestor de riscos, acha-se dispensado de comprovar a ocorrência de qualquer desdobramento danoso ou que possa ser considerado ameaçador a partir da referida conduta. (MACHADO, 2005, p. 136)

Observa-se, por conseguinte, que o direito penal vem incorporando paulatinamente a precaução como princípio orientador de certas normas penais, objetivando robustecer o sistema de gerenciamento de riscos e responder às constantes demandas sociais por maior controle, de modo que surgem, nos ordenamentos jurídicos, determinados tipos penais indicando condutas cuja periculosidade não resta evidente, com o intuito de colmatar o vazio deixado pela ciência no sentido de disponibilizar prontas e elucidativas respostas acerca dos



riscos e perigos quanto aos cursos causais e sobre as possibilidades de imputação do resultado. (BOTTINI, 2007, p. 83)

No entanto, a aceitação e aplicação desses tipos penais que incriminam condutas cuja periculosidade não se mostra evidente ou, quiçá, nem existe, apresenta-se temerária diante dos instrumentos dogmáticos vigentes que vem sendo costumeiramente utilizados pelo intérprete diante do caso concreto, particularmente no tocante à imputação objetiva, que serve para limitar a responsabilidade penal e, segundo a qual, uma conduta só pode ser imputada quando tiver criado um risco juridicamente desaprovado e que culmina na produção do resultado. (BACIGALUPO ZAPATER, 1994, p. 121)<sup>19</sup>.

O emprego do direito penal nos casos de precaução implica em que a norma penal se antecipe não só ao resultado lesivo, mas à própria constatação do risco, coibindo condutas que se apresentam como perigosas apenas sob a ótica indiciária, na medida em que elas não tem sua periculosidade reconhecida pela ciência, nem pelas evidências estatísticas. Logo, sua tutela penal se deve apenas ao fato de que a sociedade a exige, por se achar temerosa com os graves e/ou desastrosos efeitos (potenciais e ocultos) derivados do uso das novas tecnologias.

A utilização do princípio da precaução para balisar a punibilidade de condutas sem periculosidade ou nos casos em que esta é meramente indiciária, encontra sérias dificuldades ao se deparar com a imputação objetiva, critério este que constitui um verdadeiro pressuposto para a responsabilização do agente por um determinado resultado, na medida em que não permite a análise do eventual risco derivado da conduta (permitido ou reprovável), bem como com o princípio da lesividade, da proteção aos bens jurídicos, do *in dubi pro reo*, entre outros.

Sendo assim, pode-se dizer que, na hipótese de se admitir a utilização do direito penal nos casos de precaução<sup>20</sup>, a análise do risco estaria excluída, tendo em

<sup>19</sup> Importante ressaltar, que como todas as normas tem aspecto valorativo, mas não *a priori*, no agir comunicativo, cria-se a realidade do Direito, sendo que a valoração apresenta como fundamento o indivíduo, fazendo com que o Estado tenha a sua atuação limitada pela dignidade humana. E, tratando-se de uma sociedade de risco, a intervenção do direito penal encontra o limite na imputação objetiva. Nesse sentido: Martins, 2007b, p. 12.

<sup>20</sup> Frise-se, que a problemática surge quando o propósito é a utilização do princípio da precaução no direito penal. No campo do direito civil e administrativo ambiental, sua aplicação é positiva e atua na perspectiva da proteção integral do meio ambiente, atuando como reforço ao princípio da



conta que as modalidades típicas em questão prescindiriam da constatação do perigo no caso concreto. A aplicação do princípio da precaução no âmbito do direito penal de risco seria especialmente contestável no que diz respeito à tipificação de um certo comportamento, já que em tal princípio não existe sequer o risco *ex ante*, apto a gerar perigo ou dano ao bem jurídico.

Técnica de construção legislativa empregada usualmente para o enfrentamento dos novos contextos de risco, os *crimes de perigo abstrato* constituem instrumento de destaque na expansão do direito penal atual,<sup>21</sup> especialmente em se tratando de determinados delitos que envolvem justamente a presença dos novos riscos, casos em que, aliás, a utilização dessa técnica já foi considerada válida, desde que observados certos parâmetros<sup>22</sup>.

Conceitualmente, o tipo penal de perigo abstrato consiste na técnica segundo a qual o legislador atribui a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de qualquer resultado naturalístico. Ao contrário do que ocorre com os delitos de perigo concreto, os quais implicam uma conclusão no sentido de que existiu um curso provável que conduzia ao resultado temido, o crime de perigo abstrato constitui uma mera prescrição normativa, ou seja, a proibição pura e simples de uma conduta que o legislador considera apresentar um perigo.

O fenômeno da utilização dos crimes de perigo abstrato enquanto técnica legislativa própria da sociedade contemporânea encontra seu fundamento nos novos riscos e em suas características, o que se dá por diversos motivos, principalmente:

- o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos;

---

prevenção, o qual, por sua vez, diferencia-se daquele na medida em que pressupõe o conhecimento, com base em um juízo de prognose ou em dados empíricos, de que determinada ação causa, provavelmente, um dano ao bem jurídico, constituindo uma ameaça concreta à existência ou segurança de uma pessoa ou coisa, assentada em uma probabilidade relevante de ocorrência. (MARTINS, 2010, p. 299-300 e 304).

<sup>21</sup> Há quem entenda, inclusive, que “os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco”. (BOTTINI, 2007, p. 117-118).

<sup>22</sup> A respeito, importante frisar que o XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal declarou, na sua 9ª Recomendação, que “o emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e conquanto que a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos”, *apud* Martins, 2007b, p. 13-14.



- a dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias;
- os graves problemas causados por tal dificuldade no campo da responsabilidade penal;
- a proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos supraindividuais; e
- em virtude da tese dos delitos acumulativos.

Verifica-se, inicialmente, que a proliferação dos crimes de perigo abstrato se deve ao alto potencial lesivo de certas atividades e produtos. De fato, o emprego de novas tecnologias causam ou podem ocasionar graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos considerados fundamentais para a sociedade contemporânea (KINDHÄUSER, 1996, p. 83), como é o caso do meio ambiente.

Nos referidos contextos, o importante para o gestor de riscos é a atuação *ex ante*, ou seja, agir para evitar a produção dos resultados. Levando-se em consideração a dimensão dos danos que podem derivar das condutas que envolvem esses tipos de atividades (e que, muitas vezes, são de difícil ou impossível quantificação), o tipo penal de perigo abstrato, dirigido à conduta e não ao resultado, o qual não integra o elemento objetivo do injusto, emerge como uma autêntica antecipação da tutela, acentuando a função preventiva do Direito<sup>23</sup>.

O segundo motivo que explica o aumento dos crimes de perigo abstrato encontra sua justificativa na dificuldade de elucidação ou previsão de nexos causais derivados da aplicação das inovações científicas. Isso ocorre, porque as condutas que se referem à manipulação de fontes de riscos tecnológicos implicam em um

---

<sup>23</sup> Porém, para José Francisco de Faria Costa o alargamento da punibilidade com a criação dos crimes de perigo abstrato não significa maior prevenção, pois os próprios tipos de perigo concreto e os tipos de lesão tem finalidades preventivas gerais diante de outras condutas. Conforme o autor, “a antecipação da proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes através da prefiguração de crimes de perigo não significa prevenção criminal, significa, sim, aumento de proteção àqueles precisos bens jurídicos e não prevenção”. (FARIA COSTA, 2000, p. 575). Por sua vez, visando a proteção racional dos bens jurídicos, Urs Kindhäuser entende que se pode efetuar [...] a proteção dos bens jurídicos por meio da proibição de ações que lesionam causalmente os bens jurídicos. Tal ‘proteção total’ é eficaz conquanto o sujeito atuante no caso de pressupor um motivo para respeitar a norma, possa reconhecer e evitar, através de sua conduta, as lesões possíveis aos bens jurídicos. A proibição de perigos concretos amplia esta proteção, porque ela lhe proíbe ao destinatário da norma colocar um bem em uma situação de desproteção grave. (KINDHÄUSER, 1996, p. 86).



dano geralmente afastado da sua projeção normal; daí a oportunidade de se defender a antecipação da tutela penal para um momento prévio à consolidação do resultado, por meio dos delitos de perigo abstrato.

Diante disso, tornam-se ineficazes os tipos de lesão ou de perigo concreto, pois os mesmos exigem, para sua caracterização, a comprovação de relações de causalidade que propiciem a imputação do resultado a um comportamento prévio, o que acaba sendo dificultado, tendo em vista a imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras e os efeitos desconhecidos de novos produtos.

É por conta dessa problemática que o legislador penal é chamado a criar os delitos de perigo abstrato, que, por serem tipos de mera conduta, dispensam a demonstração da lesão ou ameaça ao bem jurídico, além da complexa e muitas vezes desconhecida relação causal entre a conduta e o imaginado efeito arriscado, bem como, do dolo de lesão, sendo suficiente nesse caso, como prova, a só ocorrência no mundo fenomênico da conduta típica considerada perigosa (MACHADO, 2005, p. 133), com o fundamento de que a sociedade deseja evitar o resultado da ação perigosa ao meio ambiente.

Outro fator responsável pelo recurso aos delitos de perigo abstrato deriva dos graves problemas verificados na seara da responsabilidade penal, cuja razão é atribuída às dificuldades de estabelecimento de nexos causais oriundos da aplicação das inovações científicas (BOTTINI, 2007, p. 120)<sup>24</sup>.

Neste caso, a tipificação da conduta por intermédio do perigo abstrato consiste em uma reação legislativa diante das intrincadas questões inerentes a muitas atividades industriais, mormente aquelas que implicam no uso de novas tecnologias, assim como a dificuldade de se fixar seu real e preciso impacto sobre o meio ambiente, o que tem tornado praticamente impossível, em uma série de casos, o estabelecimento de relações de causalidade claras e inequívocas que, nas hipóteses em que se produzam danos, deixam as vítimas em situação muito desfavorável. É em virtude disso que se verifica o apelo aos delitos de perigo

---

<sup>24</sup> Relativamente à particular dificuldade do estabelecimento de nexos de causalidade para fins de imputação objetiva nos delitos ambientais e com o propósito de avançar mais na discussão em testilha, vide: Hassemer; Muñoz Conde, 1995, p. 49-118.



abstrato, onde a mera realização do risco torna irrelevante a produção do dano e, por consequência, a prova de uma relação de causalidade entre eles.

Outro fenômeno da sociedade de risco que contribui para o surgimento significativo dos delitos de perigo abstrato pode ser conferido à proteção cada vez mais acentuada dos chamados bens jurídicos supraindividuais. Nesse caso, a concessão de *status* penal aos interesses dessa particular natureza implica uma crescente dificuldade de compreensão do delito sob a ótica autor-vítima, em razão da dificuldade de se limitar e caracterizar os agentes passivos da ação criminosa, cuja abstração diminui o espaço dos delitos de resultado, os quais exigem um titular do bem ou objeto ofendido pelo comportamento ilícito, dando lugar ao injusto de perigo abstrato. (BOTTINI, 2007, p. 121)

De fato, afigura-se difícil o estabelecimento da relação causal entre ação e dano em certas formas de delinquência, em razão da abstração dos interesses protegidos, como demonstra a tutela penal do meio ambiente. Os novos e grandes riscos tecnológicos, como catástrofes naturais incontrolláveis para a sociedade, reclamam – segundo a doutrina do direito penal de risco – uma urgente redução da insegurança jurídica mediante a intervenção penal preventiva e orientada às futuras consequências.

Esse adiantamento da proteção penal, nos casos dos bens jurídicos supraindividuais, justifica-se pela necessidade de se proteger aqueles considerados importantes, na fase prévia da lesão, pois com a produção desta, o dano seria irreparável. Então, o legislador penal impulsiona cada vez mais o recurso aos delitos de perigo abstrato, tendência não só crescente, enquanto um dos fundamentos do direito penal de risco, senão, para alguns, inevitável em uma época na qual o progresso técnico tem multiplicado e estendido os fatores de risco. (TERRADILLOS BASOCO, 1985, p. 46)

Por derradeiro, figura jurídica interessante que serve como fundamento para a utilização dos delitos de perigo abstrato consiste nos chamados delitos de acumulação (ou acumulativos). (BOTTINI, 2007, p. 124)<sup>25</sup>. Trata-se de tese

---

<sup>25</sup> Há que se observar, no entanto, que o autor emprega a expressão “atos perigosos por acumulação”. (BOTTINI, 2007, p. 124) Por sua vez, Jorge de Figueiredo Dias faz uso de outra denominação – “delitos aditivos”. (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 325). De qualquer forma, a



elaborada pelo alemão Lothar Kuhlen, tendo-se em vista os casos de lesão ambiental causada por condutas reiteradas de pessoas diversas, não previamente ajustadas, condutas essas que, por si sós, não representam ameaça relevante a um interesse juridicamente protegido, mas que, unidas a outras realizadas no mesmo sentido, podem conduzir a um ambiente de risco efetivo para aqueles interesses tutelados. Em outras palavras, analisando-se isoladamente os atos perigosos, estes não configuram ameaça ao bem jurídico; porém, a reiteração dessa prática acaba constituindo perigo ao interesse tutelado pelo Direito.

A presente tese dos delitos de acumulação tem servido, particularmente, para sustentar a legitimação da pena estatal em relação a uma grande quantidade de lesões ao meio ambiente, que, via de regra, em si mesmas consideradas, são de escassa relevância, mas que, na hipótese de acumulação, especialmente em longo prazo, podem recair em uma produção de lesões graves e permanentes ao meio ambiente. Tome-se um exemplo: (KUHLEN, 1993, p. 697) se um indivíduo lança cinco litros de azeite usado no leito de um rio, a água não sofrerá lesão significativa em sua função referida ao ser humano, tampouco haverá um perigo concreto que requeira, implicitamente, que a lesão não se tenha produzido somente à origem de uma mera causalidade. Nesse caso, a razão determinante da criminalização da conduta se baseia na ideia da acumulação, partindo-se da suposição de que a sucessão de ações individuais que não ameacem gravemente o meio ambiente e, portanto, inicialmente não merecedoras de sanção penal, no caso de serem produzidas em grande número geram como consequência um prejuízo grave para a qualidade das águas. (KUHLEN, 1993, p. 716)

Com base nisso, Kuhlen sugere a figura dos chamados delitos de acumulação, que deve ser classificada como crime de perigo abstrato devido a sua relação com o bem jurídico, (KUHLEN, 1986, p. 399) a despeito de não se enquadrar com perfeição em tal categoria. O então definido tipo penal de acumulação, conforme o autor, “não exige que uma conduta individual conduza a uma lesão ou colocação em perigo, mas tão somente que pertença a um *tipo* de condutas que, se

---

expressão adotada neste trabalho segue a denominação utilizada pelo criador da referida tese, Lothar Kuhlen, isto é, dos delitos de acumulação (*Kummulationsdelikte*) ou acumulativos, quando da publicação de um artigo jurídico sobre a temática em questão. (KUHLEN, 1986, p. 390).



fossem realizadas *em grande número*, causariam uma lesão ou colocação em perigo”.<sup>26</sup>

Entretanto, o uso da técnica dos delitos de acumulação como sustentáculo para a criação dos crimes de perigo abstrato e a tutela antecipada do meio ambiente é deveras controvertida, não somente no Brasil, mas também na literatura alemã, onde surgiu.<sup>27</sup>

Outro expediente cuja utilização se prolifera na expansão do direito penal, próprio do direito penal de risco, consiste nas *normas penais em branco*,<sup>28</sup> tendo em vista especialmente os contrastes da sociedade contemporânea com os modelos sociais que vigoravam antigamente.

É possível constatar que os novos momentos de proteção penal não são facilmente diagnosticáveis ou, então, vislumbram possibilidades muito variadas e complexas que seriam inalcançáveis a partir de uma mera tipificação, razão pela qual as normas penais em branco visam atender à dinâmica cambiante da

<sup>26</sup> Kuhlen, 1986, p. 399. No original: “Ein Kummulationstatbestand fordert nicht, daß eine einzelne Handlung zu einer Verletzung oder Gefährdung führt, sondern nur, daß die Einzelhandlung zu einer *Art* von Handlungen gehört, die, wenn sie *in großer Zahl* vorgenommen würden, eine Verletzung oder Gefährdung herbeiführen würden”.

<sup>27</sup> Importante frisar, que diante das críticas recebidas em torno da tese dos delitos de acumulação, Kuhlen reformulou alguns pontos da teoria. A reformulação mais importante consistiu em esclarecer que a cumulatividade deve ser avaliada a partir de uma perspectiva realista e insistiu, nesse seu segundo artigo, que para a fundamentação do tipo penal de acumulação deve ser levada em conta a ideia de que a ameaça da sanção pode influenciar o cálculo do custo-benefício do indivíduo, especialmente no caso de empresas. (KUHLEN, 1993, p. 721).

<sup>28</sup> A expressão deriva de “lei penal em branco” (correspondente do termo *Blankettstrafgesetz*) e tem sua origem nos estudos realizados por Karl Binding, que a propôs, pela primeira vez, em 1872 (data da primeira edição de sua obra *Die Normen und ihre Übertretung*), para fazer referência a um grupo particular de normas contidas no Código Penal alemão, no qual, muito embora fosse prevista a sanção (*Rechtsfolge*) passível de ser aplicada, remetia-se o preceito (*Tatbestand*) a outras disposições legais, estabelecidas por autoridades administrativas. (BINDING, 1872, p. 74, *apud* DOVAL PAIS, 1999, p. 95). A despeito da distinção que o autor faz entre “lei” e “norma” (a primeira não encerra um mandato, característica própria da segunda), verifica-se entre os doutrinadores nacionais o uso indistinto tanto da expressão “lei penal em branco”, quanto do termo “norma penal em branco”, ou ainda, “tipo penal em branco”, com referência à disposição contida na lei penal. Frequentemente, tem-se usado o termo “norma penal em branco” ao se analisar as fontes do direito penal ou a estrutura da norma jurídico-penal, razão pela qual esta é a expressão adotada neste trabalho. Ainda, na doutrina estrangeira, verifica-se a utilização de outras denominações, a saber: “lei penal incompleta”, “lei absolutamente incompleta”, “lei de cominação penal hipotética”, “lei de cominação penal eventual”, “lei de disposição incompleta de polícia”, “lei de cominação penal condicionada”, “lei de disposição penal subsidiária”, “lei penal de referência”, “lei de disposições em branco” e “prescrições em branco”. (DOVAL PAIS, 1995, p. 96).



sociedade contemporânea, fruto das novas tecnologias e dos conhecimentos dela decorrentes, assim como permitir ao tipo penal englobar o maior número possível de condutas com o devido rigor e a necessária precisão sistemática. (SALVADOR NETTO, 2006, p. 41)

As mudanças sociais aceleradas e a complexidade das circunstâncias da vida social da era pós-industrial propiciam o surgimento das normas penais em branco, técnica legislativa que tem como referencial a ideia de remissão ou reenvio, cujo emprego tende a ser cada vez maior diante dos problemas resultantes da hodierna sociedade de risco, fato que também pode implicar, outrossim, objetivamente, em redução das garantias penais constitucionais.

À guisa dos vários conceitos doutrinários que se verificam na literatura jurídica pátria e estrangeira, entende-se como norma penal em branco aquela que prevê a sanção aplicável, mas descreve parcialmente o tipo penal correspondente, confiando a determinação da conduta punível ou seu resultado a outra norma jurídica, à qual ela remete expressa ou tacitamente. Nesse sentido, verifica-se um ponto de acordo básico, comum, que os doutrinadores tratam de destacar: essas normas necessitam de complemento.

No entanto, é preciso notar que as normas penais em branco apresentam determinadas características próprias para sua configuração. Nesse sentido, identificam-se seis características lhes são indispensáveis, a saber:

- *Somente são normas penais em branco aquelas que tipificam delitos.* Diante disso, não se compreendem no rol dessas normas os preceitos constantes da Parte Geral do Código Penal brasileiro, pois seu caráter é eminentemente complementar, cuja aplicabilidade é comum a todas as figuras típicas, tanto da referida norma como das leis penais extravagantes. O mesmo se aplica às disposições da Parte Especial do citado Código, que tem por objetivo regular de forma particularizada, para um determinado fato punível, questões pertencentes à Parte Geral, como causas específicas de justificação, exculpação, escusas absolutórias, etc. (CURY URZUA, 1988, p. 48-49)

- *Somente são normas penais em branco aquelas que confiam a outra norma jurídica exclusivamente a especificação (ou individualização) da matéria de proibição.* Então, faz-se necessário que a norma contenha o núcleo essencial da



proibição para que possa ser satisfeita a exigência jurídico-constitucional de certeza. (SILVA, 2004, p. 77-78) As normas penais em branco não devem apresentar problemas relativos ao erro ou à determinação estrita do comportamento proibido, para que seja possível o conhecimento da atuação penalmente cominada, salvaguardando-se, assim, a função de garantia da lei penal, que deve ser alcançado por meio da concretização necessária para que a conduta qualificada de delitativa seja estabelecida de maneira suficientemente precisa no complemento indispensável do dispositivo ao qual a norma penal em branco remete. (BACIGALUPO ZAPATER, 1999, p. 99-100)

- *Somente são normas penais em branco aquelas em que há o emprego da remissão.* Como já foi exposto, trata-se de característica fundamental das normas desta natureza, porquanto elas necessitam de complemento. (CURY URZUA, 1988, p. 4)

- *Somente são normas penais em branco aquelas em que a remissão é relativa a uma hipótese de fato e não a uma consequência jurídica.* Diante disso, as remissões próprias das normas penais em branco devem fazer referência a algum elemento da hipótese de fato da lei, pois somente assim elas podem cumprir a função que lhes tem sido assinalada. (BUSTOS RAMÍREZ, 1989, p. 115) Não se deve conceber, por outro lado, uma norma como sendo em branco se a remissão em questão estiver relacionada a uma consequência jurídica, pois, neste caso, estar-se-á diante das denominadas normas penais em branco “ao revés”, que não respondem a outras razões senão as de mera síntese legislativa e, ainda, tampouco se acham isentas de problemas.<sup>29</sup>

- *Nas normas penais em branco, a remissão pode ser expressa ou tácita.* A remissão nas normas penais em branco ocorre normalmente de maneira explícita

---

<sup>29</sup> As normas penais em branco “ao revés”, cuja constatação e denominação remetem a Luis Jiménez de Asúa, são aquelas que, ao contrário das normas penais propriamente ditas, apresentam seu preceito completo, mas dependem de outra norma para determinar sua sanção, ou seja, essas normas, de modo completamente diverso das hipóteses comuns de normas penais em branco, deixam sem fixar a pena, de modo que o “branco” não se encontra no tipo, mas na sanção. (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964, p. 351). Conforme aponta José Maria Rodríguez Devesa, as normas penais em branco “ao revés” são aquelas leis que em razão da “preguiça” legislativa, ao invés de estabelecer a pena correspondente, limitam-se a enunciar que se aplicará aquela que se acha fixada em outro preceito. (RODRÍGUEZ DEVESA, 1979, p. 186).



(remissão expressa), isto é, nos termos em que a remissão tem sido explicada. Contudo, deve ser admitida também a possibilidade de que a remissão seja subentendida em alguma outra forma (remissão tácita). Logo, ambas as técnicas de remissão devem ser consideradas. (CURY URZUA, 1988, p. 50)<sup>30</sup>.

▪ *Nas normas penais em branco, a remissão pode ser interna ou externa.* A técnica da remissão nas normas penais em branco pode ocorrer por intermédio de duas modalidades: remissão interna (aquela que tem origem e destino no seio de uma mesma norma penal) e remissão externa (aquela que envia para a complementação de preceito que se acha previsto em outra norma, de natureza legal ou regulamentar, seja de igual ou inferior nível normativo). Aliás, é justamente esta característica que permite distinguir duas espécies de normas penais em branco – normas penais em branco próprias ou em sentido estrito e normas penais em branco impróprias ou em sentido amplo. A norma penal em branco imprópria (ou em sentido amplo) é aquela que confia a complementação de seu preceito a outra disposição contida nela mesma ou a outra norma emanada da mesma instância legislativa (remissão interna), ao passo que a norma penal em branco própria (ou em sentido estrito) é aquela que deixa a faculdade de complementá-la a uma disposição emanada de outra instância legislativa, isto é, de um nível legislativo de hierarquia inferior à da lei formal (remissão externa). (MEZGER, 1955-1957, p. 317-318)

Sendo assim, vislumbra-se que as normas penais em branco constituem uma ferramenta característica do direito penal de risco, de modo que seu emprego é fundamentado primeiramente em razões técnicas, (SANTANA VEGA, 2000, p. 17) diante da existência de determinada classe de delitos cuja complexidade tornaria impossível a sua precisão pelo Código Penal, pois este fato incentivaria o aumento considerável de normas penais com a conseqüente redução da economia legislativa.

Nesse caso, o dinamismo dos âmbitos de atividade aos quais pertencem as condutas faz aparecer constantemente novas hipóteses que não devem implicar na exclusão do âmbito de proteção da lei penal, ao mesmo tempo que sua inclusão

---

<sup>30</sup> Antonio Doval Pais considera que tanto as remissões explícitas quanto as implícitas são aptas para cumprir a função encomendada às normas penais em branco, mas reconhece que isso se alcança com maior facilidade mediante as remissões expressas, aludindo a que o comportamento se leve a cabo, por exemplo, com infração de outras leis, regulamentos ou disposições e arrematando que tampouco o impedem as remissões implícitas. (DOVAL PAIS, 1995, p. 123).



expressa e detalhada na mesma obrigaria à prática de reformas sucessivas a fim de conservar sua atualidade e aplicabilidade.

Logo, justifica-se sua utilização na medida em que as estruturas em branco conservam a lei penal sensível às mudanças através do fio condutor que a mantém unida aos setores normativos que as colhem, dotando-as, portanto, de atualidade, permanência e estabilidade. (DOVAL PAIS, 1995, p. 112-113)

Além disso, sua aplicabilidade está relacionada à necessidade de se evitar a cristalização da regulamentação penal, (SANTANA VEGA, 2000, p. 17-18) na medida em que a variabilidade de determinadas atividades, bem como o notável ritmo frenético da evolução social, técnica, científica e econômica, convertem a regulação de determinados tipos penais em curto prazo, obsoletos e carentes de constantes modificações que são, na verdade, inviáveis para o lento e oneroso processo de legiferação.

Logo, existem matérias que por sua natureza (dinamismo e dependência das mudanças sociais) impõem exigências particulares para serem reguladas. Tais matérias – ambiental, é o caso – requerem uma regulação jurídico-penal que preveja um mecanismo capaz de atualizá-las de forma harmoniosa às novas situações normativas e fáticas. Ainda, há quem diga que só assim é possível evitar o que se tem chamado de “fossilização ou petrificação” da normativa penal<sup>31</sup>.

Some-se a isso, também, o fato de que as normas penais em branco aparecem como um aparelho técnico necessário para superar o nível do direito penal de corte exclusivamente liberal, nucleado em torno dos bens jurídicos individuais. (SANTANA VEGA, 2000, p. 18)

Determinadas matérias aludem a bens jurídicos cujos conceitos são compostos, na sua essência, por uma série de condições normativizadas, isto é, expressadas em outras normas jurídicas. São, portanto, bens jurídicos altamente formalizados e complexos, cuja identidade depende da manutenção das referidas condições estabelecidas em termos da não transgressão de outras normas. Os bens jurídicos destas características são de natureza supraindividual, ou seja,

<sup>31</sup> A expressão é de Cobo del Rosal; Vives Antón, 1984, p. 4-30.



particularmente difusos e carecem, em geral, de referente individual, típico do meio ambiente.

E quanto a esses setores ligados aos bens jurídicos supraindividuais, Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats e José Miguel Prats Canut afirmam o seguinte:

La ley penal en blanco aparece como una técnica legislativa necesaria para la apertura del derecho penal a los distintos ámbitos de regulación donde estos bienes jurídicos encuentran su “prima ratio” jurídica (derecho medio-ambiental, derecho urbanístico y de ordenación territorial, derecho de las sociedades mercantiles, etc.). En este sentido, puede indicarse que la ley penal en blanco constituye un mecanismo de integración o interrelación del derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad. (QUINTERO OLIVARES; MORALES PRATS; PRATS CANUT, 1996, p. 25)

Finalmente, visando a tipificação de certas condutas, o direito penal de risco emprega os chamados *tipos penais abertos*, também considerados, de acordo com a corrente dogmática ora adotada, instrumento jurídico hábil para o enfrentamento das relações complexas e problemáticas oriundas do progresso da ciência e tecnologia, próprias da sociedade contemporânea.

Os tipos penais abertos, assim como as normas penais em branco, inserem-se na teoria do tipo, sendo que ambos se distinguem dos tipos penais fechados, pois enquanto estes trazem em si mesmos todos os elementos do respectivo fato punível, aqueles, de uma forma ou de outra, demandam complementação. Mas os tipos penais abertos, quando devidamente compreendidos, devem ser diferenciados das normas penais em branco.

Partindo-se de uma análise global e ampla da legislação penal, verifica-se que nem todos os tipos respondem ao ideal segundo o qual os mesmos devem descrever de forma exaustiva a conduta delitativa, ou seja, nem todos os tipos penais são fechados. Destarte, os chamados tipos penais abertos constituem aqueles que requerem ser completados porque descrevem somente uma parte das suas características, confiando ao magistrado (também na qualidade de gestor de riscos) o trabalho de preencher a outra parte, que o fará através de um juízo ulterior independente. Esses tipos indicam apenas o critério de acordo com o qual os mesmos devem ser completados, de modo que neles a antijuridicidade não está



indicada unicamente com o estabelecimento da adequação típica, senão que deve ser averiguada positivamente com a comprovação das características especiais do dever jurídico. (WELZEL, 2001, p. 73)<sup>32</sup>.

No desenvolvimento da sua obra *Tratado de Direito Penal*, Hans-Heinrich Jescheck discorre sobre a teoria dos tipos abertos, sustentando que, de acordo com esta, existem em direito penal tipos dos quais não cabe deduzir de forma completa, mas somente parcial, os elementos do injusto da correspondente classe de delito, de modo que o resto deve ser completado mediante elementos positivos e antijuridicidade situada fora do tipo. Enfim, são preceitos penais nos quais falta um guia objetivo para completar o tipo, razão pela qual resultaria impossível, na prática, tão somente com o auxílio do texto legal a diferenciação do comportamento proibido e do comportamento permitido. (JESCHECK, 1981, p. 335-336)

No direito pátrio, ao tratar da tipicidade e antijuridicidade, Heleno Cláudio Fragoso explica que o efeito indiciário da tipicidade desaparece nos tipos penais abertos; isso porque neles a norma que o agente transgredir com sua conduta não aparece expressa ou por completo, de forma que não está contida no tipo a descrição exhaustiva do comportamento delituoso, o qual depende da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe. Assim, nos tipos abertos, a ilicitude deve ser estabelecida pelo juiz, verificando, no caso concreto, se houve ou não a transgressão da norma que a incriminação pressupõe. O autor também aponta como exemplos de tipos penais abertos os crimes culposos, os comissivos por omissão e os que se referem à ilicitude por meio de vocábulos inferidos do universo não apenas penal. (FRAGOSO, 2003, p. 223-224)

É importante notar que os tipos penais abertos apresentam imperfeições na construção do preceito, demandando a citada complementação, a qual ocorrerá mediante atuação judicial. Neste sentido, esses tipos penais descrevem concisamente a conduta ou mencionam apenas o resultado, sem precisar, no primeiro caso, as circunstâncias em que tal conduta há de ser realizada, nem indicar, no segundo, a modalidade do comportamento que há de produzi-lo. (REYES ECHANDÍA, 1979, p. 180)

<sup>32</sup> Para o autor, as referidas características e procedimentos estão presentes em maior grau ainda nos delitos culposos e nos delitos omissivos.



Sendo assim, esta categoria de tipos penais exige um prévio juízo de valoração sobre a conduta reprovável para que a mesma possa (ou não) ser entendida como típica, de modo que o magistrado terá a tarefa de sempre completar o tipo com elementos normativos extraídos do fato que se coloca sob seu julgamento. Em virtude disso, pode-se concluir que os tipos penais abertos ganham existência e podem ser definidos no contexto do binômio tipo/antijuridicidade: a conduta não está caracterizada por uma descrição objetiva e exaustiva, em virtude de que a realização do tipo, por si só, não indica a antijuridicidade.<sup>33</sup>

Uma vez compreendido o significado dos denominados tipos penais abertos insta estabelecer agora as diferenças entre estes e as normas penais em branco, as quais não são tipos incompletos no que se refere aos tipos abertos.

Tal como já foi registrado anteriormente em alguma medida neste trabalho, os tipos fechados contêm o conteúdo do injusto de uma espécie de delito dispendo todos os seus elementos, ao passo que nos tipos abertos os elementos constitutivos não se acham descritos concretamente pela lei. O grau de formação da matéria de proibição em relação às disposições individuais é distinto, de modo que a complementação dos tipos abertos é produzida pelo magistrado com outros elementos por intermédio de um juízo de valor comum ou pelas circunstâncias. Este juízo de valor substitui, na verdade, a descrição das circunstâncias do tipo (diferentemente do que ocorre com a leis penais em branco), razão pela qual tais tipos estão somente “abertos” à concretização por meio da interpretação. Pode-se afirmar, então, que nos tipos abertos ocorre uma ampla margem de liberdade semântica e, com isso, abrem-se as margens de espaço de decisão judicial, dentro das quais ele deve se movimentar sem a instrução da lei. (SILVA, 2004, p. 64)

Assim, não se tratam as leis penais em branco de tipos penais abertos, já que estes não constituem hipóteses de técnica legislativa, mas disposições cujo “complemento” (na realidade, valoração) é produzido pelo magistrado via juízo de valor, enquanto que nas leis penais em branco o preenchimento do tipo é exigido a partir da utilização de outros dispositivos, de modo que para essa concretização, remete-se a outras disposições jurídicas (remissão interna e externa) ou a atos administrativos, tendo em vista a imprecisão do conteúdo do tipo.

---

<sup>33</sup> Tal conclusão resta evidenciada de forma comum em todas as definições de tipo penal aberto, desde a concepção original do termo na obra de Hans Welzel. (WELZEL, 2001, p. 73-74).



Em outros termos, para concretizar a norma da lei penal em branco o intérprete precisa recorrer a tais disposições, sem as quais a tarefa de preenchimento do tipo penal não se torna possível, pois as mesmas limitam as margens de espaço de decisão. E os tipos penais abertos tem sido notoriamente empregados na sociedade contemporânea, devido ao significativo aumento dos elementos normativos do tipo.

Identifica-se atualmente a tendência à tipificação de delitos contra o meio ambiente por meio de figuras penais de perigo abstrato e conforme a tese dos delitos de acumulação, assim como o emprego do princípio da precaução e a utilização de normas penais em branco e tipos penais abertos, seja em razão da complexidade das atividades e de seus agentes no contexto tecnológico-científico atual, seja em face dos altos riscos implicados, técnicas legislativas próprias do direito penal de risco. E em se tratando de direito penal brasileiro, notória a presença desses instrumentos jurídicos na tipificação dos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98.

Porém, as normas penais ambientais, nos termos do modelo de proteção legal adotado pelo legislador brasileiro, geram preocupações e críticas por parte dos operadores do Direito – e, sobretudo, do direito penal. Há que se pensar com cautela sobre a aceitabilidade e os limites dessas modalidades típicas da técnica legislativa característica do direito penal de risco, voltando-se a questão da tutela penal antecipatória do meio ambiente no contexto sociológico em que este se apresenta na atualidade. Destarte, há restrições à criminalização desse importante bem jurídico que devem ser apontadas para que essa proteção jurídica não caminhe de encontro aos princípios norteadores e fundamentos básicos do direito penal do Estado Social e Democrático de Direito.

### **3 A TUTELA PENAL AMBIENTAL BRASILEIRA NA LEI 9.605/98 SOB A ÓTICA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**

Reflexo de uma consciência universal de que os bens naturais eram esgotáveis, a atual Constituição Federal do Brasil, no art. 225, *caput*, passou a tutelar o bem jurídico meio ambiente, alçando-o à categoria de bem jurídico fundamental, nos termos do que foi tratado até o presente momento neste trabalho.



Desse modo, o conceito “vida”, antes de cunho individual, ganhou a atenção e o interesse de toda a sociedade, por meio da proteção e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Depois de quase dez anos do advento da Carta Política brasileira de 1988, a tão esperada Lei dos Crimes Ambientais foi publicada em 12 de fevereiro de 1998 – a Lei nº 9.605/98, que para os estudiosos e operadores do Direito, tornou-se (e ainda é) o principal instrumento legal de proteção penal do meio ambiente<sup>34</sup>. Alvo de muitas críticas dos doutrinadores à época, ainda permanece sendo seriamente questionada quanto à sua eficácia na proteção do meio ambiente.

Apontados e analisados os instrumentos utilizados pelo legislador para a defesa do bem jurídico-penal dentro do contexto da sociedade de risco, importa agora verificar em que medida esse tipo de tutela tem sido empregada nos tipos previstos pela Lei 9.605/98, bem como levar a efeito um estudo sobre esse direito penal ambiental que incorpora novas ferramentas de ação, sob o viés constitucional, adotando-se as posições técnico-jurídicas que se mostrem a um só tempo eficazes na contenção dos riscos ao meio ambiente e em conformidade com as garantias inerentes ao Estado Social e Democrático de Direito. Para tanto, propõe-se, antes de tudo, pontuá-las.

Questão primeira: a adoção do *princípio da precaução* no direito penal ambiental.

A Lei de Crimes Ambientais, tratando do crime de poluição no art. 54, *caput*,<sup>35</sup> prevê no seu § 3º que: “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior<sup>36</sup> – reclusão, de um a cinco anos –, quem deixar de adotar, quando assim o

---

<sup>34</sup> Registre-se, portanto, que o âmbito de proteção penal ambiental não se esgota na Lei nº 9.605/98, havendo outros documentos legislativos que, direta ou indiretamente, tutelam o meio ambiente sob o viés criminal. À guisa apenas de exemplo, tem-se: Código Penal, art. 250, *caput* e seu parágrafo único, inciso II, alínea *h*; Lei de Responsabilidade Criminal por Atos Relativos às Atividades Nucleares – Lei nº 6.453/77, arts. 21 a 27; e Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei nº 6.766/79, arts. 50 a 52; Lei contra Pesca a Baleias – Lei nº 7.643/87, arts. 1º e 2º.

<sup>35</sup> *In verbis*: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”.

<sup>36</sup> O § 2º trata da forma qualificada do crime de poluição.



exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

Constata-se que o legislador, por meio do dispositivo de lei em apreço, permitiu que um ato administrativo criasse um tipo penal, já que a omissão do agente em razão da inobservância da adoção de medidas de precaução exigidas pela autoridade competente o submete às penas da norma, situação totalmente incoerente com o sistema penal adotado no Brasil. (MILARÉ; COSTA JUNIOR, 2002, p. 37)<sup>37</sup>.

A adoção do direito penal ambiental nos casos de precaução implica na utilização da norma penal como instrumento de antecipação não apenas ao resultado lesivo, mas à própria constatação do risco, proibindo assim comportamentos cuja periculosidade se revela tão somente indiciária, pois a mesma não foi reconhecida pela ciência ou evidenciada pelas estatísticas.

Sendo assim, não há que se adotar o princípio da precaução como instrumento pelo qual o direito penal visa a coibir condutas atentatórias ao meio ambiente,<sup>38</sup> deixando o mesmo de integrar um elemento necessário para a tutela em epígrafe, sob pena de torná-lo ilegítimo, já que referida técnica não encontra guarida constitucional.

A tipificação por meio da precaução vem de encontro ao princípio da culpabilidade, uma das pilstras constitucionais que sustentam toda a dogmática jurídico-penal do Estado Social e Democrático de Direito, fundamental que é para servir de bloqueio a pretensão de se introduzir, por meio do princípio da precaução, a responsabilidade objetiva.

---

<sup>37</sup> Nesse mesmo sentido, complementa Pierpaolo Cruz Bottini que “a utilização do instrumento penal para fazer frente à violação das regras de precaução não comporta os padrões mínimos necessários para legitimar a incidência do *ius puniendi*”. (BOTTINI, 2007, p. 288).

<sup>38</sup> A esse respeito, revendo seu posicionamento anterior de aceitar, sem objeções, em diversas edições anteriores, a inserção do § 3º do art. 54 na Lei 9.605/98, Paulo Affonso Leme Machado admite que “no direito penal ambiental, a responsabilidade [...] aceita é a responsabilidade subjetiva, em que fica a cargo da acusação provar a ocorrência do dolo, da imprudência, da negligência ou da imperícia”, motivo pelo qual ele não acata mais a ideia de crimes tipificados exclusivamente pelo descumprimento do princípio da precaução, restringindo sua aplicação para os campos do direito civil e do direito administrativo. (MACHADO, 2014, p. 855).



Igualmente, essa tipificação afronta o princípio da proteção aos bens jurídicos,<sup>39</sup> pois a precaução, nesses casos, implica em um perigo eventual, mais ou menos previsível, no qual não existe (ou não é conhecida) uma probabilidade significativa de ocorrência de lesão. (FREITAS MARTINS, 2002, p. 61-62) Em outras palavras, o âmbito de atuação do princípio da precaução se circunscreve àquelas situações em que a intensidade de um risco não representa um verdadeiro perigo, mas, antes mesmo, envolve um verdadeiro risco (ou a suspeita de um perigo), demonstrado ou meramente hipotético.

Por tais razões, revela-se inconcebível a possibilidade de se impor a pena de privação da liberdade individual diante de um fato incerto, ainda que com aparência de verossimilhança, e sem a possibilidade de verificação *in casu* se o agente atuou com elemento subjetivo próprio dos tipos penais dolosos ou, excepcionalmente, culposos.

Questão segunda: o emprego de *crimes de perigo abstrato* na tipificação ambiental, bem como, a utilização dos *delitos de acumulação* para fundamentação dos crimes de perigo abstrato.

A Lei de Crimes Ambientais traz um rol excessivo de tipos penais que se fundamentam, em sua maioria, no perigo e, especialmente, no perigo abstrato, sobretudo para os tipos penais básicos, (PRADO, 2013, p. 126) os quais, ao contrário das formas de perigo concreto ou de lesão, tem incontestável influência na aplicação da matéria ambiental. Tal lógica se deve, entre outras razões, porque desta forma o problema da causalidade dos comportamentos, que surge por ocasião da prova, é elidido, evitando-se absolvições fundadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal. (BACIGALUPO ZAPATER, 1982, p. 207)

É de fácil constatação que o conceito de perigo tem sido atualmente um dos institutos mais abordados e discutidos pela dogmática penal. O interesse dos operadores do direito penal pela questão deriva da importância que tal análise apresenta para o direito ambiental em especial.

---

<sup>39</sup> Seguindo a linha constitucionalista, a eleição de determinados bens jurídicos por parte do legislador penal, dignos dessa proteção, mira os valores existentes em uma sociedade e que lhe são caros, cujo exercício é intrínseco à norma constitucional e ao contexto garantista do Estado Social e Democrático de Direito. (NAVARRETE, 1974, p. 272).



As distintas maneiras com que se concretiza a relação conduta-bem jurídico dão lugar à distinção entre as categorias de delitos de perigo que, com profusão terminológica, distingue a doutrina. Articulam-se uma pluralidade de binômios, cada qual com a sua forma, no entanto, qualificando a mesma realidade.<sup>40</sup> Assim, fala-se, por exemplo, de perigo implícito e explícito, conforme a exigência do perigo venha explicitada na lei ou não se requeira tal explicitação porque depreendida do próprio texto legal; (ESCRIVÁ GREGORI, 1976, p. 73) delito de perigo efetivo/concreto e delito presumido, por considerar que o legislador presume *iuris et de iure* que a prática de determinadas condutas contem em si a criação de um perigo; (BUSTOS RAMÍREZ, 1982, p. 165) delito de perigo concreto, aquele em que o perigo é um elemento do tipo, de modo que para se falar em realização típica, exige-se a demonstração de que a situação de risco foi efetivamente produzida; (TERRADILLOS BASOCO, 1985, p. 33) e delito de perigo abstrato, em relação ao qual somente se exige a realização da conduta prevista no tipo (como perigosa) sem que seja preciso a exposição a perigo concreto do bem jurídico, (MUÑOZ CONDE, 1983, p. 422) também denominado delito de perigo potencial.<sup>41</sup>

No âmbito da doutrina tradicional, verifica-se que os delitos de perigo são apresentados como sendo de duas modalidades: delito de perigo concreto e delito de perigo abstrato. (ROXIN, 2006, p. 336)

A maioria dos autores estabelece uma distinção entre as duas modalidades de crimes de perigo (concreto e abstrato) considerando que, na primeira hipótese, o perigo faz parte do tipo, integrando-o como elemento normativo, de modo que o juiz deve comprová-lo em cada caso específico, sendo que a consumação do delito somente se dá com a ocorrência de fato do perigo para o bem jurídico; na segunda hipótese, ao contrário, o perigo não constitui um elemento do tipo, motivo pelo qual

<sup>40</sup> A esse respeito, por todos, cf.: ESCRIVÁ GREGORI, José María. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976, pp. 69-74.

<sup>41</sup> Luis Fernando Rey Huidobro identifica os conceitos de delito de perigo abstrato e potencial querendo dizer com isto, por um lado, que nele não é necessária a verificação de um dano para que se realize a subsunção delitiva, sustentando o legislador que às condutas descritas na norma corresponde um atentado para o bem jurídico tutelado; e, por outro, que ao ser o perigo neste caso uma presunção *de iure*, não é possível aduzir com sorte o argumento de ausência de perigosidade para desvirtuar o injusto ínsito no tipo, em razão precisamente desse risco latente que a lei impõe, fazendo com que alguns autores prefiram falar de perigo presumido. (REY HUIDOBRO, 1987, p. 87).



não precisa ser comprovado pelo juiz, configurando esse perigo, na verdade, a razão da criminalização do comportamento do agente, ou seja, ele é a própria *ratio legis*, fundamento que levou o legislador a criar determinada figura delitiva. (PRADO, 2013, p. 128-129)

De outro lado, na doutrina estrangeira, Horst Schröder pretende evitar as críticas que a doutrina, em geral, coloca à tese da presunção *iuris et de iure* de periculosidade da conduta, transformando tal presunção em *iuris tantum*, de maneira que se possa admitir a prova da falta de periculosidade da conduta formalmente coincidente com o tipo. Cuida-se, aqui, dos chamados delitos de perigo abstrato-concreto, (SCHRÖDER, 1967, *apud* MONGE FERNÁNDEZ, 1998, p. 287) categoria intermediária de tipos de perigo ou, ainda, caracterizados como tipos mistos, combinando elementos de perigo concreto e abstrato<sup>42</sup>.

Reclama-se, pois, a possibilidade de admitir prova contrária à periculosidade quando das circunstâncias particulares do caso resulte que a conduta do agente nunca pudesse produzir uma efetiva lesão ao bem jurídico, por não ser apta ou idônea para tanto. Por isso, desde certos setores se procura converter a prova contrária da não periculosidade em causa de exclusão da pena ou de condição objetiva de punibilidade, evitando-se suscetibilidades derivadas de possíveis lesões ao princípio *in dubio pro reo*, mas, sobretudo, ao mandato constitucional de presunção de inocência.

Diante dessas considerações, surgem duas escalas distintas dentro do mesmo conceito: os delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético (autênticos delitos dotados de lesividade material para o bem jurídico) e os delitos de perigo abstrato, categoria residual onde se agrupam os demais delitos meramente formais, de desobediência ou consistentes na violação de normas ético-sociais/ético-religiosas, quanto aos quais não resta senão reclamar a inconstitucionalidade.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Na Espanha, nasceu a categoria do perigo hipotético, elaborada por Angel Torío López. (TORÍO LÓPEZ, 1981, p. 825 e s.).

<sup>43</sup> É importante registrar, que não se pretende preconizar a ilegitimidade dos delitos de perigo abstrato em todas suas formas. Na verdade, de acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, devem-se desenvolver critérios que permitam delimitar em quais hipóteses os delitos de perigo abstrato apresentam conteúdo material suficiente para justificar sua própria existência, sendo que, evidentemente, esse conteúdo material deverá estar relacionado com o bem jurídico, já que sua afetação é requisito limitativo da tipicidade conglobante. (ZAFFARONI, 1986, p. 473).



Em síntese, enquanto os delitos de perigo propriamente ditos puniriam condutas sem levar em conta a potência de perigo desprendida das mesmas (a incriminação, portanto, viria independentemente da periculosidade), tratando-se, assim, de meros delitos de desobediência, cujo objetivo não seria a proteção de bens jurídicos, mas apenas de contextos de regulamentação e organização – e que deveriam ser descartados diante da violação ao princípio da lesividade –, nos delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético é possível indicar uma materialidade que os torne dignos de atenção penal, haja vista que, apesar de não demandarem a produção de perigo efetivo, a ação deve ser apta para tanto, que seria elemento integrante do tipo.

Assim, a materialidade nestes casos seria revelada por meio de uma ação positivamente perigosa, idônea para a produção de um risco ao bem jurídico tutelado, ou seja, não bastaria a mera correlação formal entre a conduta e a descrição típica, de modo que os delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético seriam caracterizados pela possibilidade de perigo – e não sua realidade –, diante do que Angel Torío López os identifica como sendo crimes de perigo possível, pregando a exclusão da tipicidade das condutas tidas como inócuas ou não arriscadas. Desse modo, a tipicidade estaria presente unicamente se a conduta se apresentasse sob uma perspectiva *ex ante*, materialmente apta para colocar em risco os bens jurídicos dignos de proteção. (TORÍO LÓPEZ, 1981, pp. 839 e 841)<sup>44</sup>

Com essa perspectiva, justificar-se-ia o recurso aos delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético como uma categoria intermediária ou híbrida entre delitos de perigo concreto e delitos de perigo abstrato, pela necessidade de sua utilização como via para arbitrar meios penais contra determinados comportamentos que geralmente contém um risco concreto grave para importantes bens jurídicos individuais e supraindividuais, e de muito difícil constatação.

O impulso cada vez maior dado pelo legislador penal aos tipos de perigo constitui uma tendência não somente crescente, senão inevitável, em uma época na

---

<sup>44</sup> Conforme Miguel Reale Júnior, “o perigo é presumido no sentido de que pode haver prova em contrário da inexistência do perigo, dando-se uma presunção *iuris tantum*, sujeita a prova em contrário, pois só dessa forma se adequa a figura do perigo abstrato à exigência da lesividade, dentro de um direito penal garantista, quando se expande a criação de figuras de perigo abstrato na proteção de bens jurídicos universais, como o meio ambiente”. (REALE JÚNIOR, 2004, p. 280).



qual o progresso técnico tem multiplicado e estendido os fatores de risco. Este adiantamento da proteção penal se justifica pela necessidade de assegurar bens jurídicos imprescindíveis na fase prévia à lesão, uma vez que, produzida esta, o dano, muitas vezes, poderia ser irreparável.

No âmbito que ora se ocupa, aceita-se essa tutela penal antecipatória porque os preceitos penais protetores do meio ambiente, ao menos os básicos, configuram-se geralmente como sendo delitos de perigo, possivelmente pela discussão que permearia a consideração ou não da lesão ao bem jurídico em comento, bem como, no caso de sua ocorrência, das dificuldades que criariam obstáculos à possibilidade de relacioná-la com uma conduta concreta, já que, normalmente, o prejuízo será considerado fruto da reiteração de seus efeitos cumulativos. (SILVA SÁNCHEZ, 1999, p. 38-40)

No que concerne à utilização dos *delitos de acumulação* para fundamentação dos crimes de perigo abstrato, isso não pode ser aceito pela dogmática penal, devido à contrariedade jurídica que esses tipos penais apresentam quando analisados sob a ótica constitucional.

O fundamento elementar de um direito penal da culpa, característico do Estado Social e Democrático de Direito, consiste na ideia de que o delito é tido como produto de um determinado indivíduo, a quem se imputa a conduta. E esta concepção é pervertida quando se faz uso do tipo de acumulação, pois o resultado não é imputável ao agente, dependendo que fica do contexto, da conduta de terceiros não ligados a ele e de variáveis futuras e incertas, já que a ação cumulativa, por si só, não expõe sequer a perigo abstrato de lesão o bem jurídico supraindividual.<sup>45</sup>

Nesse diapasão, tem-se que, além de não existir culpabilidade na conduta cumulativa, há desproporcionalidade da incriminação das ações de acumulação, ou seja, ocorre duplo desrespeito aos fundamentos penais constitucionais.

---

<sup>45</sup> É o próprio Lothar Kuhlen quem reconhece que os delitos de acumulação possuem uma periculosidade menor que a periculosidade dos crimes de perigo abstrato, admitindo também que aqueles são de resultado, mas não um delito de lesão, equivalendo-se a um grau de perigo inferior ao destes últimos. (KUHLEN, 1993, p. 714).



Ora, como a legitimidade do Direito deriva da axiologia da formação estatal – a qual se materializa por meio da Constituição Federal, e em se tratando de ordenamentos jurídicos estatais que protegem a liberdade como valor supremo, é imperioso o entendimento de que a subtração ou o tolhimento desse bem somente virá com o colorido legítimo a partir do momento em que isso gerar mais liberdade do que sacrifício. Daí surge o princípio da proporcionalidade como corolário do princípio da legitimidade democrática do Direito enquanto critério mediador entre o ganho e o perdido de liberdade resultante da existência de uma norma jurídica. (GONÇALVES, 2013, p. 284)

Assim sendo, torna-se desproporcional a aplicação de uma pena privativa de liberdade em decorrência de um delito de acumulação praticado, tendo-se em vista ainda a inofensividade e não culpabilidade da conduta. Então, isso significa que não havendo possibilidade de se verificar uma ofensa em um contexto determinado e cerrado, também não haveria que se falar em culpa e, inexistindo tal juízo de reprovação, desproporcional seria a aplicação da pena ao caso concreto. (GONÇALVES, 2013, p. 284)

Questão terceira: o recurso às *normas penais em branco* para complementação típica nos delitos ambientais e a exigência prévia das *autorizações administrativas* para sua tipificação.

A relação do direito penal com o direito administrativo é notória no direito pátrio e neste se faz presente de longa data. Em apertada síntese, é possível verificar três modelos distintos de relação entre esses dois ramos do Direito, a saber: a) absoluta independência do direito penal em face do direito administrativo; b) absoluta dependência; c) acessoriedade relativa do direito penal diante do direito administrativo. (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 62-63)

O legislador brasileiro, seguindo o exemplo de espanhóis e alemães, adota o modelo da acessoriedade relativa do direito penal em relação ao direito administrativo, (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 63; PRADO, 2013, p. 93; RODRIGUEZ RAMOS, 1983, p. 145; TRABADO ÁLVAREZ, 2001, p. 68) remetendo, desta forma, a configuração de determinados tipos penais às normas administrativas, mas respeitando a independência da prescindibilidade dessa configuração em certos casos. Portanto, o direito penal deve definir de modo



autônomo os pressupostos de suas normas, mas lhe é facultado recorrer à sua complementação, quando necessário, em outra norma.

De acordo com aquilo que já foi desenvolvido neste trabalho sobre as normas penais em branco, a expressão pode ser tomada, no seu sentido amplo, abarcando toda norma na qual exista uma remissão, um reenvio a outro preceito, mesmo que seja de nível igual ou superior. Mas isto não apresenta objeção alguma; os problemas que se colocam dizem respeito à norma penal em branco em sentido estrito, ou seja, aquela em que a determinação da conduta antinormativa fica encomendada a uma disposição de nível normativo hierárquico inferior à lei penal em questão, na medida em que isto implica uma delegação às autoridades administrativas para que estas decidam quando uma conduta que guarda relação com as indicações da lei passa a ser punível.

Em tais casos, as vozes contrárias ao seu uso pelo direito penal invocam, basicamente, a ofensa ao princípio da legalidade e a falta de segurança jurídica. Na primeira hipótese, não seria possível a Administração, mediante disposições de nível normativo hierárquico inferior à lei que necessita de complemento, decidir em que momento uma determinada conduta deve se converter em punível, porque o princípio da legalidade suporia um monopólio da lei na fixação da conduta delitiva, razão pela qual o tipo penal deve conter (frise-se, sem exceção) todos os elementos que contribuem para a determinação do conteúdo de injusto de uma classe de delito. (JESCHECK, 1981, p. 335)

Na segunda hipótese, instalar-se-ia insegurança jurídica na medida em que o conteúdo do tipo penal que demanda o complemento é cambiante em função das modificações das normas extrapenais colmatadoras, infringindo, assim, os princípios da legalidade e igualdade. (TRABADO ÁLVAREZ, 2001, p. 68)

Todavia, tais posicionamentos não merecem prosperar. Com efeito, apesar desse rechaço às normas penais em branco em sentido estrito por determinados setores doutrinários, tem-se entendido, em geral, que seu emprego é válido e, muitas vezes, até mesmo necessário, não havendo que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e/ou da segurança jurídica, desde que a lei penal em branco determine com certeza a norma jurídica regulamentar à qual ela remete para ser complementada, isto é, com clareza, concreção e precisão.



Neste sentido, tratando do princípio da legalidade, preconiza Norberto Javier de la Mata Barranco que a complementação da norma em branco é admissível sempre que as características da matéria a tornem necessária e, em todo caso, respeitem-se os limites materiais da reserva de uma lei que não deva ser questionada, isto é, sempre que a lei penal contenha o núcleo do tipo e fixe os limites de uma remissão que não suponha – por sua indeterminação – uma deslegalização efetiva, tanto em sua faceta formal, relativa ao nível necessário das normas sancionadoras, como material, preterdeterminação normativa de condutas e sanções. (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 82)

Ainda com relação a este princípio, não deve encontrar guarida a alegação concernente à transferência da competência legislativa à Administração. Expõe Klaus Tiedemann, que não há problema em se utilizar o recurso técnico da remissão penal a uma decisão administrativa, sendo possível se afirmar que as normas em branco da regulamentação penal acerca de delitos que envolvem questões complexas (citando, aqui, o meio ambiente) não tem demonstrado dificuldades especiais, de modo que a remissão ao direito administrativo mediante expressões tais como “não autorizado”, “sem permissão”, etc., não se tem feito mais imprecisa porque a unidade formal dos tipos penais tem se dissolvido com as respectivas disposições administrativas. (TIEDEMANN, 1985, p. 35)

Portanto, imprescindível para não se ofender o princípio da legalidade é que as normas penais em branco não descrevam a proibição de maneira difusa, afetando a certeza da lei, fato este que pode ocorrer, inclusive, em leis que não recorram à técnica especial do reenvio. (REYNA ALFARO, 2002, p. 248)

Além disso, Luis Miguel Reyna Alfaro (2002, p. 249) esclarece que o emprego das normas penais em branco gera como consequência a unidade legislativa em matéria penal. A utilização da referida técnica legislativa torna, aliás, desnecessária a existência de leis especiais de conteúdo penal, e que não fazem senão gerar uma desnecessária dispersão legislativa nessa seara do Direito<sup>46</sup>.

Quanto à segurança jurídica, Klaus Tiedemann (1997, p. 260) aduz que a aceitação das normas penais em branco guardam fundamentação mais por razões

<sup>46</sup> Também nesse sentido: Castiglione, 2006, p. 1.284.



desta natureza, porque o reenvio às normas administrativas garantem, frequentemente, maior segurança jurídica do que as novas noções de um direito penal autônomo. Porém, frise-se que o próprio autor elimina a possibilidade da sanção múltipla ou duplicidade de sanções, em respeito ao princípio constitucional do *ne bis in idem*<sup>47</sup>.

Na esteira da mencionada relação que vincula o direito penal ao administrativo adotada pelo direito pátrio, encontra-se em um primeiro plano a autorização administrativa, que também deve ser objeto de análise, porquanto a plena realização do tipo de injusto somente se produz, em tais hipóteses de acessoriedade relativa, quando o comportamento a ser analisado pelo magistrado lesiona um ato proibido da autoridade ou não está coberto por uma permissão ou autorização. (DE LA MATA BARRANCO, 1996, p. 89)

Importante frisar, que a autorização administrativa está sujeita a todas as críticas às quais foram submetidas as normas penais em branco. Contudo, registre-se que ela pode ser expressão de segurança jurídica enquanto potencial de concretização de uma normativa administrativa que pode auxiliar, dentro do comportamento indispensável, a definir a tipicidade.

Nestas hipóteses de acessoriedade administrativa, conforme explica Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, a lei penal não remete a uma determinada lei ou regulamento, nem a algum tipo de regulamentação de caráter geral, mas, outrossim, acolhe como elemento, normalmente típico – entendido aqui como elemento normativo do tipo<sup>48</sup> –, um ato administrativo singular. Por sua vez, tal ato fixa o âmbito do risco permitido para cada caso concreto, definindo os limites do

---

<sup>47</sup> Luiz Regis Prado, a título de esclarecimento, afirma que, “como postulado garantista, decorrente dos princípios da legalidade (formal/material), segurança jurídica e proporcionalidade – inerentes ao Estado democrático de Direito –, sufraga direito fundamental a não ser submetido ao duplo sancionamento (= ser punido duas vezes pelo mesmo fato) na hipótese de concorrência de sanções penais e administrativas sobre um único fato, com mesmo fundamento e autor”. (PRADO, 2013, p. 95).

<sup>48</sup> No entendimento da citada autora, a autorização administrativa não configura um elemento normativo, e sim, um elemento descritivo, já que, efetivamente, não é preciso qualquer valoração jurídica ou social para que se possa concretizar o significado do mesmo, referindo-a à antijuridicidade. (DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 233). No entanto, deve-se compreender a autorização administrativa como um elemento normativo do tipo, já que a própria validade da autorização é questão de natureza jurídica (por exemplo, se ela é válida ou não), o que bem demonstra que se trata de elemento normativo.



socialmente aceito. E, com isto, em certa medida, ocorre um deslocamento até a autoridade administrativa da faculdade selecionadora de condutas que mediante o tipo penal corresponde ao legislador, razão pela qual, ainda que formalmente seja difícil falar em remissão no sentido da lei penal em branco, possa aludir-se a um reenvio de caráter material. (DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 233, 243-244 e 322)<sup>49</sup>.

Essa acessoriedade administrativa configura, portanto, uma técnica legal que delimita a ação positivamente (contra a autorização) ou negativamente (sem a autorização) e se fundamenta no princípio da unidade do ordenamento jurídico,<sup>50</sup> isto é, que o direito penal não sanciona o permitido administrativamente ou que se encontra dentro do risco permitido; o que este tolera não pode se transformar em um risco penalmente desaprovado.

De toda sorte, a autorização administrativa permite à Administração o controle das atividades perigosas, e inclusive lesivas ao bem jurídico penalmente protegido, sendo que tais permissões ou licenças atuam como uma espécie de garantia do administrado no que diz respeito à atividade que ele realiza estar permitida pela autoridade competente.

Depreende-se, portanto, que a norma administrativa é chamada a delimitar o âmbito do risco permitido e as condições de acesso à realização das atividades arriscadas. Ainda, mesmo quando o tipo penal não contenha qualquer referência ou remissão à normativa administrativa que permita considerar sua natureza de norma penal em branco, descabível negar, entretanto, o valor funcional da mesma para a determinação judicial do risco permitido.

<sup>49</sup> Para ela, a função dogmática do risco deve ser vista também na tipicidade. Id., p. 169.

<sup>50</sup> Paz Mercedes de la Cuesta Aguado, no sentido de elucidar tal questão, frisa que a autorização não é revogação parcial, referida a certos casos excluídos do âmbito de aplicação da norma, senão que deve ser encontrada no critério da unidade do sistema jurídico: se algo é permitido por este, então não pode ser depois proibido pelo direito penal. Não se pode esquecer o caráter meramente fragmentário do direito penal, a cuja função de último recurso de força só deve vir para os casos em que todos os controles anteriores falharem. O problema não é, portanto, que a autorização administrativa revogue a norma penal, senão que o tipo de injusto deve refletir um conteúdo antijurídico material comum a todo o ordenamento e quando uma parte do ordenamento permita um determinado comportamento, tanto em quanto está permitido, não pode ser punido pela lei penal. (E LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 172).



Relativamente à tutela penal do meio ambiente, tendo em vista todas as características apontadas no decorrer deste trabalho, especialmente aquelas atinentes a tamanha complexidade técnica inerente a essa matéria – a qual utiliza conceitos que determinados ramos das ciências exatas, da natureza e biológicas tem ocupado de definir e cuja criação, portanto, é extrajurídica –, é preciso notar que tanto a utilização das normas penais em branco como a remissão às normas regulamentares, particularmente, às autorizações administrativas, mostra-se bastante adequada. Primeiro, porque o complemento dos tipos penais poderá trazer maior determinação à norma (prestigiando o princípio da legalidade) e efetuar uma concretização mais efetiva do perigo que se pretende evitar.

Segundo, porque a utilização das mencionadas cláusulas de natureza administrativa, no âmbito daqueles tipos penais ambientais construídos como delitos de perigo, poderá pôr fim ao descomedimento da conduta típica, evitando-se, destarte, que a punibilidade abarque um campo excessivamente extenso e servindo também para fundamentar a conversão dos delitos de perigo abstrato em delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético.

Um terceiro motivo para a inclusão de cláusulas desse tipo, conforme o entendimento de Klaus Tiedemann (1997, p. 147), seria evitar ao juiz a difícil prova do nexo causal exigível nos delitos de perigo concreto que, tal como demonstra a prática, podem ficar inaplicados, e nos casos em que, por incidir causas sobrevindas ou acumuladas, transformam-se em *probatio* diabólica. 9 DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 230)

Última questão: a criação de *tipos penais abertos* como técnica legislativa da sociedade de risco na construção dos delitos ambientais.

Para finalizar, justifica-se a não inclusão dos tipos abertos como um dos elementos que devem integrar a tutela penal do meio ambiente. Apesar de reconhecidas sua existência palpável e sua utilização em muitas legislações ocidentais, configurando, inegavelmente, um instrumento próprio do direito penal de risco, o emprego dessa técnica legislativa deve ser coibido.

O direito penal deve afastar o emprego dos tipos abertos, especialmente os que contém cláusulas gerais, porque com a descrição incompleta que eles fazem do tipo, violam as funções de garantia e fundamentadora, franqueando ao magistrado e



à doutrina a possibilidade de construção e complementação do modelo-tipo, superpondo-se ao princípio da reserva legal e afetando, sensivelmente, a liberdade do agente, as garantias individuais e as garantias de liberdade.

Nesse sentido, a receptividade dos tipos culposos é maior que a dos tipos abertos, pois naqueles o tipo objetivo contém elementos (ainda que parciais) que indiciam a ilicitude, sendo o dever objetivo de cuidado apenas um elemento normativo de valoração jurídica. (MARTINS, 2010, p. 366)<sup>51</sup>. Os tipos dos delitos culposos tem que ser completados pelo juiz, mas este encontra uma diretriz clara no conceito de cuidado objetivamente devido para evitar lesões aos bens juridicamente tutelados. (CEREZO MIR, 2007, p. 474 e nota de rodapé n. 59)

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea se caracteriza efetivamente como uma sociedade de risco, cujos elementos a diferenciam das sociedades de épocas anteriores. A existência de riscos artificiais produzidos pela vontade e decisão do ser humano atinge grandes dimensões, com capacidade de alcançar um número indeterminado de pessoas e ameaçar até a própria existência da humanidade, além do que esses novos riscos trazem consigo tecnologias igualmente novas e, na maioria das vezes, altamente complexas. Desde o momento em que se fala, atualmente, de riscos devidos à ação do homem, seu tratamento jurídico é uma questão ineludível, na medida em que a conduta humana e as relações sociais são objetos do Direito, cujo modelo de sociedade apela, desde logo, à crescente intervenção do direito penal.

Entre os avanços técnicos e/ou científicos dos últimos tempos, poucos tem levantado tanta polêmica social, política e jurídica quanto a proteção do meio ambiente, que, por apresentar um risco que pode desembocar em uma catástrofe para a humanidade, integra essa sociedade de risco. E o direito penal deve atuar na tutela desse importante bem jurídico supraindividual.

<sup>51</sup> Desse modo, os tipos penais culposos não são abertos.



A Lei nº 9.605/98, com lastro no § 3º do art. 225 da Constituição Federal do Brasil, criou tipos penais voltados à proteção do meio ambiente contra as condutas que envolvem a ofensa ou a exposição a perigo desse bem jurídico. Ocorre, no entanto, que a atuação do direito penal nesse campo tem sido constantemente criticada, particularmente, devido às construções de vários tipos que por utilizarem determinados instrumentos de técnica legislativa própria de um direito penal de risco e de tutela antecipatória, implicariam em atentado aos fundamentos e princípios penais constitucionais, culminando, assim, na inconstitucionalidade.

Com efeito, conforme se afirmou em alguma medida no presente trabalho, as propostas de mitigação do princípio da reserva legal, o amplo emprego de mecanismos de antecipação da tutela penal e o abandono de categorias tradicionais como o da culpabilidade podem representar indevida violação de princípios fundamentais do direito penal, os quais, mais do que conquistas tradicionais de segurança jurídica dos cidadãos, configuram-se como consequências necessárias e obrigatórias da opção do constituinte brasileiro e, portanto, da sociedade, pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse ponto, deve-se notar que quaisquer medidas propugnadas pelas novas teorias do direito penal não podem representar um retrocesso na afirmação histórica dos direitos humanos, entre os quais se incluem, sem sombra de dúvidas, os princípios fundamentais do direito penal consagrados, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal.

Em outras palavras: no embate entre a proposta teórica de um discurso jurídico e os princípios do direito penal que materializam os direitos humanos fundamentais não pode haver dúvida quanto ao vencedor. A consolidação histórica dos princípios garantidores do cidadão não pode estar sujeita às razões de conveniência do momento. Sob o discurso da modernidade, não se pode esconder um retrocesso autoritário.

Dessa forma, os desafios da sociedade contemporânea podem e devem ser enfrentados por um direito penal que incorpore novos instrumentos de ação sem que isso, contudo, possa significar a possibilidade de abandono de suas bases tradicionais, consubstanciadoras dos direitos fundamentais do homem.



A propósito, as experiências fascistas e comunistas europeias bem demonstraram as consequências de um pensamento revolucionário para o qual os direitos fundamentais do homem, quando inconvenientes às pretensões de poder do partido, podem e devem ser afastados em nome da segurança pública. Do contrário, a modernidade representaria apenas um dos inúmeros momentos históricos em que sob o pretexto de garantir a segurança do cidadão, simplesmente se lhe impôs o terror.

Com base nessas considerações, é preciso que se crie um modelo de tutela penal voltado ao meio ambiente que esteja em consonância com o Estado Social e Democrático de Direito. Todavia, diante das peculiaridades das atividades em questão surge a necessidade de se recorrer a uma específica antecipação da tutela penal ambiental, ocasião para se deve socorrer do discurso jurídico próprio do direito penal de risco, dotado igualmente de características particulares, no sentido de se afastar a todo custo a lesão ao bem digno de tutela jurídico-penal.

Assim, o direito penal de risco emerge como uma possível solução para a tutela penal no contexto da pós-modernidade, propugnando pela sua antecipação a um momento anterior ao dano ao bem jurídico, por meio do emprego de instrumentos legais que conferem a esse direito penal o colorido antecipatório, a saber: o ancoramento no princípio da precaução, a utilização de crimes de perigo abstrato, o recurso das normas penais em branco e a criação de tipos penais abertos.

Porém, impera um conflito parcial entre as políticas criminais defendidas pelo discurso jurídico em questão e os princípios fundamentais do direito penal consentâneo ao Estado Social e Democrático de Direito, razão pela qual, como se afirmou, quaisquer medidas adotadas pelas novas teorias do direito penal não podem representar, em hipótese alguma, um retrocesso na afirmação histórica dos direitos humanos, sendo que entre os quais se incluem, indubitavelmente, os princípios fundamentais do direito penal, já consagrados, explícita ou implicitamente, na Constituição da República Federativa do Brasil, apresentando-se, desse modo, intransponíveis.

Desta feita, repise-se, os novos desafios da sociedade contemporânea podem e devem ser enfrentados por um direito penal que incorpore também novos



instrumentos de ação, sem que isso, entretanto, possa significar a possibilidade de abandono das suas bases tradicionais que identificam os direitos fundamentais do ser humano. Apresenta-se então o princípio de criação e interpretação utilizado nesse trabalho: busca-se conciliar a necessidade de prevenção efetiva dos riscos decorrentes das condutas atentatórias ao meio ambiente com a preservação do fundamento ético-democrático do direito penal conformado pela Constituição Federal.

Com vistas a isso, indicam-se, a partir dos instrumentos utilizados pelo direito penal de risco, os elementos necessários para a tutela penal do bem jurídico supraindividual meio ambiente que possa ser vulnerado ou exposto a perigo de lesão, sem que isso, todavia, implique na renúncia aos pressupostos constitucionais para a aplicação efetiva da norma penal.

Portanto, sob a ótica político-criminal, foca-se a determinação das bases fundamentais para a tipificação dos comportamentos relacionados ao meio ambiente no Direito brasileiro. Para isso, toma-se inicialmente a constatação de que na atual sociedade as atividades relacionadas ao meio ambiente constituem um caso típico de conflito jurídico-social: por um lado, as atividades voltadas à produção de energia, ao estudo de pesquisas em diversas áreas do conhecimento científico e tecnológico e outras dessa mesma natureza são todas importantes para o presente e futuro desenvolvimento do homem e da sociedade como um todo; por outro lado, figuram como fonte de alto risco e insegurança para o ser humano e o meio ambiente, dependendo como são empregadas por seus agentes.

Diante disso, tem-se que o direito penal de risco pode subsidiar a construção das bases fundamentais para a tipificação das condutas atentatórias ao meio ambiente, levando-se em consideração que seus instrumentos são um aparato necessário para essa tarefa, que tem como objetivo a antecipação da tutela penal.

No entanto, como o emprego da técnica legislativa derivada dos fundamentos político-criminais que sustentam esse direito penal de risco não é dotado de legitimidade na totalidade dos seus instrumentos, em face das precisas limitações impostas pelo Estado Social e Democrático de Direito, apenas alguns deles devem ser usados na construção dos tipos penais referentes às atividades humanas de cunho ambiental que exponham a perigo ou causem lesão a esse bem



jurídico supraindividual, ou seja: os delitos de perigo abstrato-concreto ou hipotético – e, em alguns casos, mas excepcionalmente, os delitos de perigo concreto –, as normas penais em branco propriamente ditas e as autorizações administrativas.

A utilização desses instrumentos legais e o respeito aos princípios fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito podem conviver harmoniosamente e constituir um verdadeiro ponto de equilíbrio nessa balança da discussão de natureza político-criminal, diminuindo-se assim o risco inerente às atividades relacionadas ao meio ambiente (conferindo segurança coletiva) e observando-se as garantias às quais devem fazer jus todos os indivíduos que compõem a sociedade contemporânea (concretizando segurança jurídica).

## REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente. **Estudios penales y criminológicos**, v. 5, Santiago de Compostela, 1982.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Madrid: Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Principios de derecho penal**: parte general. 3. ed. Madrid: Akal, 1994.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.
- BINDING, Karl. Die Normen und ihre Übertretung. T. I. Leipzig: Duncker und Humblot, 1872, p. 74, *apud* DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.
- BOEHMER-CHRISTIANSEN, Sonja. The precautionary principle in Germany. In: O'RIORDAN, Timothy; CAMARON, James (coord.). **Interpreting the precautionary principle**. London: Eartscan Ltda., 1994.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al derecho penal**. Santiago: Temis, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los delitos de peligro. In: **Estudios Penales. Libro homenaje al Profesor José Antón Oneca**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.
- CASTIGLIONE, Hugo. Conductas relacionadas con la afectación al medio ambiente. Residuos peligrosos. Tendencias jurisprudenciales. In: **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, Buenos Aires, fasc. 7, 2006.



- CEREZO MIR, José. **Derecho penal**: parte general. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima: ARA Editores, 2007.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa. In: **Comentarios a la legislación penal**. Tomo III. Madrid: Edersa, 1984.
- CURY URZUA, Enrique. **La ley penal en blanco**. Bogotá: Temis, 1988.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. **Respuesta penal al peligro nuclear**. Barcelona: PPU, 1994.
- DESPAX, Michel. Droit de l'environnement. Paris: Librairie Techniques, 1980, *apud* SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier. **Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa**. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedecs, 1996.
- DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales**. El caso de las leyes en blanco. València: Tirant lo Blanch y Universitat de València, 1999.
- ESCRIVÁ GREGORI, José María. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 9, fasc. 33, jan./mar. 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. Parte Geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. **O princípio da precaução no direito do ambiente**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.
- GONÇALVES, Marcel Figueiredo. Sobre a fundamentação dos delitos cumulativos: alguns questionamentos. In: **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, São Paulo, vol. 4, 2013.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.



- HASSEMER, Winfred; MUÑOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. València: Tirant lo Blanch, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Parte General. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. 3. ed., t. II. Buenos Aires: Losada, 1964.
- KINDHÄUSER, Urs Konrad. **Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Trad. Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1996.
- KUHLEN, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§324 StGB). In: **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, Heidelberg, a. 133, 1986.
- KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, 105, 4, 1993.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. V. 1. Madrid: Trivium, 1991.
- MARTINS, José Renato. **A utilização do direito penal na efetividade da tutela do meio ambiente em face da sociedade de risco**. São Paulo: Lex, 2007a.
- MARTINS, José Renato. **Fundamentos de direito penal econômico e a legislação penal tributária brasileira**. São Paulo: Lex, 2007b.
- MARTINS, José Renato. **Tutela penal em decorrência das atividades nucleares**. Curitiba: Juruá, 2010.
- MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o direito penal do ambiente?** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.
- MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955-1957, t. I, n. 24.
- MILARÉ, Edis. **Direito ao ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MILARÉ, Edis; COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98**. Campinas: Millennium, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal**. Parte Especial. 5. ed. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1983.
- NAVARRETE, Miguel Polaino. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. Mídia, direito penal e garantias. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.



- PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.
- PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: **Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo**. El análisis crítico de la Escuela de Francfort. Trad. Eduardo Demetrio Crespo. Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, José Miguel. **Curso de derecho penal**. Parte General. Barcelona: Cedecs, 1996.
- REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 345, jan.-mar. 1999.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituição de direito penal**. Parte Geral. 2. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Meio ambiente e Direito penal brasileiro. In: **Revista de Ciências Penais**, São Paulo, ano 2, n. 2, 2005.
- REY HUIDOBRO, Luis Fernando. **El delito de estupefacientes**. Su inserción en el ordenamiento penal español. Barcelona: Bosch, 1987.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. **La tipicidad**. 4. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1979.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. La protección penal del medio ambiente: posibilidades y límites. In: **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**, Mendoza, año 2, n. 4, 2002.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. **Derecho penal español**: parte general. Madrid: Carasa, 1979.
- RODRIGUEZ RAMOS, Luis. Alternativas de la protección penal del medio ambiente. In: **Cuadernos de política criminal**, n. 19. Madrid: Edersa, 1983.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Parte General. Tomo I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.
- RUIZ, José Juste. **Derecho internacional del medio ambiente**. Madrid: McGraw-Hill, 1999.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- SANTANA VEGA, Dulce María. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.
- SCHRÖDER, Horst. Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte. In: JZ, Tübingen, 1967, *apud* MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. **La responsabilidad penal por riesgos en la construcción**. València: Tirant lo Blanch, 1998.
- SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental**: nossa casa planetária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



- SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Delitos contra el medio ambiente**. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. São Paulo: Manole, 2003.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. **Delitos de peligro y criminalidad económica**. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.
- TIEDEMANN, Klaus. El derecho penal del ambiente. Cuestiones dogmáticas novedosas. In: MAZUELOS COELHO, Julio (Coord.). **Derecho penal económico y de la empresa**. Lima: San Marcos, 1997.
- TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito**. Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa. Barcelona: Ariel, 1985.
- TORÍO LÓPEZ, Angel. Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. In: **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. XXXV, fasc. I, ene.-abr. 1981.
- TRABADO ÁLVAREZ, Concepción. **Protección penal del medio ambiente**. Derecho penal y normativa extrapenal sobre medio ambiente. Asturias: Septem Ediciones, 2001.
- WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. Trad. José Cerezo Mir. Buenos Aires: IBdef., 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal: parte general**. 5. ed. Buenos Aires: Ediar, 1986.