

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE

DELITOS DE PERIGO ABSTRATO NA TUTELA DO BEM JURÍDICO
AMBIENTAL

Luciana Izumi Yabuta

Presidente Prudente/SP

2013

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE

DELITOS DE PERIGO ABSTRATO NA TUTELA DO BEM JURÍDICO
AMBIENTAL

Luciana Izumi Yabuta

Monografia apresentada à Secretaria do Curso de Pós-Graduação como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do Prof. Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente/SP

2013

DELITOS DE PERIGO ABSTRATO NA TUTELA DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Especialista.

Luís Roberto Gomes

Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, ___ de _____ de 2.013

A civilização tem isto de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza. Se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre.

Miguel Reale

Dedico este trabalho científico aos meus pais, Izaura e Hiroshi, pelo carinho e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Ao professor LUÍS ROBERTO GOMES, pela paciência, orientação, apontamentos e sugestões no desenvolvimento da monografia.

Aos meus amigos, em especial, ANA e JOSÉ, pela amizade, apoio pessoal e encorajamento.

RESUMO

Neste trabalho, a autora objetivou analisar afundo as infrações penais de perigo abstrato e a forma como elas foram empregadas pelo legislador para a proteção do meio ambiente. Para tanto, em um primeiro momento, a autora definiu o bem jurídico ambiental e o analisou a luz da Constituição Federal de 1988. Estudou todas as facetas dos crimes de perigo e investigou o fundamento e a legitimidade dos delitos de perigo abstrato na tutela penal do meio ambiente. Assim, a autora justificou a utilização dos modelos de perigo abstrato pelo Direito Penal Ambiental, pautando-se no bem jurídico essencial que é o meio ambiente. Com este estudo preliminar, a autora chegou à conclusão de que a técnica de perigo abstrato deve sempre obedecer a certos parâmetros próprios de um Estado Democrático de Direito para, deste modo, ser legítimo, ou seja, constitucional. A autora demonstrou que esses limites nada mais são do que os princípios constitucionais penais consagrados na Carta Magna de 1988, tais como, os Princípios da Lesividade, da Proporcionalidade, da Intervenção Mínima e da Culpabilidade. Em seguida, a autora realizou uma análise crítica e aprofundada dos tipos penais elencados na Lei 9.605/98, denominada Lei dos Crimes Ambientais, a qual consagrou os delitos de perigo presumido como forma de tipificação. Nessa análise, a autora tomou nota não só dos acertos do legislador em adotar os delitos de perigo abstrato, mas também das impropriedades legislativas e do uso abusivo dos delitos de perigo, os quais acabam fadados pela ofensa aos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. A autora também esboçou críticas ao Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Partindo dessas observações, a autora concluiu que, frequentemente, os delitos de perigo abstrato são inconstitucionais não por serem constituídos desta forma, mas por violarem outros preceitos fundamentais, estando maculados, por exemplo, pelo Princípio da Ofensividade, tendo em vista que o Direito Penal somente pode intervir nos casos mais graves e quando houver agressão socialmente intolerável ao bem jurídico. Deste modo, a autora também propõe mudanças legislativas para uma efetiva proteção ao meio ambiente, sendo que, em muitos casos, será de todo recomendável a descriminalização de determinadas condutas, que não deveriam passar de ilícitos civis e administrativos, ante a gravidade da sanção penal à liberdade dos indivíduos. Utilizou-se para o desenvolvimento desse trabalho especialmente os métodos dedutivo e indutivo, além de, subsidiariamente, do método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Direito Penal Ambiental. Crimes de perigo abstrato ou presumido. Crimes de dano. Crimes de perigo concreto. Bem jurídico. Meio ambiente. Legitimidade. Constituição Federal de 1988. Tipo penal. Delitos ambientais. Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

In this research, the author aimed analyze the infractions criminal of abstract danger and shape how they were employed by the legislator for protection of the environment. To both, in a first moment, the author defined the well environmental legal and analyzed the light of Constitution Federal 1988. Studied all facets of crimes of danger and investigated the foundation and legitimacy of offenses of abstract danger in penal tutelage of the environment. Thus, the author justified the utilization of models abstract danger by Criminal Law Environmental, basing-if in juridical good essential that is the environment. With this preliminary study, the author arrived to the conclusion that the technique of abstract danger must always obey to certain parameters own of a Democratic State of Law to thereby apply, be legitimate, ie, constitutional. The author demonstrated that these limits nothing more are than the principles constitutional criminal enshrined in the Charter Magna 1988, such as, the Principles of harmfulness, of Proportionality, of Minimal Intervention and of Culpability. Then, the author held a critical analysis and deepened of penal types enumerated in Law 9.605/98, denominated Law of Crimes Ambientais, which consecrated the offenses of danger presumed as form of typification. In this analysis, the author took note not only of hits of the legislator in adopting the offenses of danger abstract, but also of improprieties legislative and of the abusive use of the offenses of danger, which end up doomed by offense to founding principles the Democratic State of Law. The author also sketched criticisms to Law Project Senate n^o 236, 2012. Starting from these observations, the author concluded that, often, offenses of abstract danger are unconstitutional not for being constituted this way, but for violating other precepts fundamental, being tainted, eg, by Principle of offensiveness, taking into view that the Criminal Law only can intervene in more severe cases and when there aggression socially intolerable to the juridical good. Thus, the author also proposes legislative changes for an effective protection to the environment, being that in many cases, will be at all recommended the decriminalization of certain ducts, that should not pass from illicit civilians and administrative, ante the severity of criminal sanction to freedom of individuals. Utilized-if for the development this work especially the methods inductive and deductive, besides, subsidiarily, the hypothetical deductive method.

Keywords: Environmental Criminal Law. Crimes abstract danger or perceived. Crimes of damage. Crimes real danger. Legal right. Environment. Legitimacy. Constitution of 1988. Criminal type. Environmental offenses. Constitutional Principles.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BEM JURÍDICO AMBIENTAL	13
2.1 Conceito de Bem Jurídico-Penal	13
2.1.1 Bem jurídico-penal individual e supra-individual	15
2.2 Meio Ambiente como Bem Jurídico-Penal	17
2.3 Delimitação do Bem Jurídico Ambiental	20
3 MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAS	24
4 DELITOS DE PERIGO	29
4.1 Considerações Históricas	29
4.2 Conceito de Perigo	31
4.3 Conceito de infrações de perigo	34
4.4 Classificação dos Crimes de Perigo	36
4.4.1 Crimes de dano ou de lesão	36
4.4.2 Delitos de perigo concreto	37
4.4.3 Delitos de perigo abstrato	38
4.4.4 Delitos de perigo abstrato com presunção <i>juris tantum</i>	41
4.4.5 Crimes de perigo abstrato-concreto	42
4.4.6 Outras classificações	44
4.4.6.1 Perigo individual	45
4.4.6.2 Perigo comum ou coletivo	45
4.4.6.3 Crime de perigo abstrato de perigosidade real	46
4.4.6.4 Perigo atual	47
4.4.6.5 Perigo iminente	48
4.4.6.6 Perigo futuro ou mediato	48
4.4.6.7 Crime de perigo direto e indireto	49

5 POLÊMICA ACERCA DA LEGITIMIDADE DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL	50
6 LEGITIMIDADE E LIMITES DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO	56
6.1 Princípio da Lesividade ou Ofensividade	56
6.2 Princípio da Proporcionalidade	59
6.3 Princípio da Intervenção Mínima ou da Subsidiariedade	61
6.4 Princípio da Culpabilidade	65
6.5 Considerações Finais acerca da Legitimidade	67
7 ANÁLISE CRÍTICA DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS	69
7.1 Considerações Iniciais	69
7.2 Dos Crimes Contra a Fauna	72
7.2.1 Fauna terrestre	73
7.2.2 Fauna aquática	82
7.3 Dos Crimes Contra a Flora	87
7.4 Da Poluição e Outros Crimes Ambientais	99
7.5 Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural	105
7.5.1 Delitos contra o patrimônio cultural	106
7.5.2 Delitos contra a ordenação do território	107
7.6 Dos Crimes contra a Administração Ambiental	108
7.7 Considerações Finais acerca da Lei nº 9.605/98	111
8 PROPOSTAS DE REFORMA AO MODELO ATUAL DE PROTEÇÃO PENAL AO BEM JURÍDICO AMBIENTAL	114
9 CONCLUSÃO	119
BIBLIOGRAFIA	120

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente¹ constitui *conditio sine qua non* para a sobrevivência humana e convívio social, uma vez que imprescindível à vida terrestre e necessário ao desenvolvimento do homem de forma digna. Deste modo, no atual contexto histórico, urge a tutela eficaz do meio ambiente, em razão de sua relevância e vulnerabilidade ante a sociedade tecnológica e industrial.

As alterações do ozônio contido na atmosfera, a elevação das temperaturas e dos níveis das águas marítimas, a deterioração e extinção de plantas e animais, e as catástrofes ambientais, que são cada vez mais frequentes e atingem um número alarmante de pessoas, sinalizam a necessidade de preservação do patrimônio ambiental.

Os seres humanos são afetados não só nas calamidades ambientais, mas também pelos impactos da poluição na saúde da população, tais como bronquite, asma, pneumonia, gripe, problemas cancerígenos, enfisema pulmonar e muitos outros, que obrigam o Estado a destinar significativa parcela das receitas públicas ao tratamento de pacientes que desenvolvem doenças relacionadas com o excesso de poluentes. Sem falar no desequilíbrio ecológico causado pela matança de animais e danos à vegetação que afeta, inclusive, atividades econômicas, como a agricultura e a pecuária.

É inegável que o meio ambiente é frequentemente sujeito a ataques por parte do homem e também não se pode atribuir os graves danos provocados a inúmeras pessoas a determinadas condutas, visto que existem danos ambientais que decorrem de inúmeras ações e/ou omissões que, somadas, ocasionam as degradações, doenças e mortes.

¹ Há doutrinadores, como Paulo Affonso Leme Machado (2008, p. 51), que tecem críticas à expressão *meio ambiente*, por indicar a existência de pleonasma, bastando a palavra *ambiente*, já que esta engloba a de *meio*. Segundo José Afonso da Silva (2000, p. 19), “a palavra ‘ambiente’ indica a esfera, o círculo, o âmbito que nos cerca, em que vivemos. Em certo sentido, portanto, nela já se contém o sentido da palavra ‘meio’”. Porém, foi usada nesta obra a terminologia *meio ambiente*, pois é uma expressão consagrada na língua portuguesa e utilizada pelo ordenamento jurídico, pela doutrina e pela jurisprudência nacional.

Por isso, há condutas que, se consideradas individualmente, são meramente perigosas, potencialmente danosas, e não permitem uma mensuração do dano que provocam ao bem jurídico. Em outras palavras, não são condutas danosas em um nível perceptível se consideradas isoladamente, mas que somadas, apresentam um dano relevante.

Por tais razões, há que se pensar em um Direito Penal Ambiental mais adequado às necessidades da sociedade atual, que proteja eficazmente o meio ambiente, por vezes, mediante uma tutela antecipada, o que significa a adoção de infrações de perigo abstrato.

Dentro desse contexto, as leis ambientais atuais consagram o modelo de perigo abstrato como fórmula de tipificação, uma vez que não exige dano e sequer a ocorrência de perigo concreto ao bem jurídico tutelado, objetivando obstaculizar a conduta no seu nascedouro.

Por outro lado, deve-se investigar quando os crimes de perigo abstrato se apresentam como o único recurso disponível ao legislador para se alcançar uma efetiva tutela ao bem jurídico ambiental.

Com isso, o presente trabalho teve por escopo desvendar a legitimidade dos delitos de perigo abstrato na proteção do bem jurídico ambiental frente aos ditames constitucionais, uma vez que o injusto penal ambiental é um dos aspectos do Direito Penal Moderno que tem sofrido severas críticas dos juristas, nacionais e estrangeiros, porque muitos consideram os tipos de perigo abstrato, massivamente adotados pela legislação ambiental, incompatíveis com a ordem constitucional vigente.

Nesse contexto, a pesquisa buscou verificar se as infrações penais de perigo presumido são de fato inconstitucionais por violarem os princípios da ofensividade ou lesividade, proporcionalidade, intervenção mínima e culpabilidade.

Desta maneira, se analisou a conveniência da adoção de infrações penais ambientais sob a forma de tipos de perigo abstrato dentro de uma perspectiva de um Direito Penal liberal-democrático, corolário de um Estado Democrático de Direito, que leva em consideração os direitos fundamentais, especialmente o direito à liberdade e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em outras palavras, esta pesquisa científica almejou desvendar se a incriminação baseada em uma presunção de perigo a um bem jurídico ofende ao direito fundamental da liberdade e se, por outro lado, será ineficaz um Direito Penal Ambiental que desconsidera as novas e variadas formas de agressão ao meio ambiente.

No decorrer desta obra, procurou-se inicialmente analisar abstratamente a legitimidade desses delitos de perigo abstrato para, em um segundo momento, investigar concretamente esta forma de tipificar condutas, amplamente adotada pelo legislador penal na Lei 9.605 de 1998 e, ao que tudo indica, consagrada também no Projeto de Lei do Senado Federal nº 236 de 2012, que propõe um novo Código Penal, atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

2 BEM JURÍDICO AMBIENTAL

Sem dúvida, a definição do bem jurídico é necessária como ponto de partida para qualquer investigação acerca da compreensão e legitimidade de tipos penais, uma vez que o Direito Penal Garantista tem por função primordial e se justifica pela tutela de bens jurídicos.

Destarte, a intervenção penal somente é considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando tiver por finalidade imediata a proteção de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à convivência social, postulado este que decorre do princípio da lesividade, ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Por isso, o bem jurídico constitui uma garantia ao indivíduo frente ao poder punitivo estatal no sentido de que as condutas incapazes de provocar lesão ou, no mínimo, de ameaçar de lesão a qualquer bem jurídico serão consideradas atípicas, vale dizer insignificantes, por serem desprovidas de tipicidade material, ainda que sejam dotadas de tipicidade formal (adequação do fato concreto ao tipo penal).

Portanto, não há de se negar que o bem jurídico limita o poder incriminador do legislador penal e o *ius puniendi* estatal em um Estado Democrático de Direito e, por isso, a tutela penal jamais pode ser dissociada do objeto jurídico. Por esses motivos, de suma importância é a compreensão do bem jurídico na fase preliminar do presente estudo.

2.1 Conceito de Bem Jurídico-Penal

Antes de definir o que consiste propriamente o bem jurídico ambiental, é mister conceituar o que vem a ser bem jurídico-penal, mesmo porque, conceitos

de lesão, dano, dano potencial, perigo, perigo abstrato e perigo concreto guardam estrita relação com este.

Bens são interesses e bens jurídicos são interesses que, por força de sua essencialidade à manutenção e ao desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, merecem proteção do ordenamento jurídico.

Para Aníbal Bruno (1967, p. 212), “bem jurídico vem aí entendido como tudo o que é capaz de satisfazer uma necessidade humana, como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, e é tutelado pelo Direito”.

Na definição de Francisco de Assis Toledo (1991, p. 16), “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.

A doutrina não é uníssona no que tange ao conceito de bem jurídico-penal e isso se deve à ausência de parâmetros objetivos e universalmente aceitos para selecionar os valores que merecem proteção por meio de tipificação penal.

Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 38), “[...] o bem jurídico-penal pode ser definido como o bem valorado como essencial à convivência social de certa comunidade, em dado momento histórico, e por isso tutelado pela norma penal.”

Conforme leciona Luiz Régis Prado (2005, p. 112), “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido”. Ainda, segundo ele, o bem jurídico “deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito”.

Segundo ensinamento de Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 179):

A construção de um critério mais sólido para a identificação de bens passíveis de proteção penal deve ser realizada sob uma ótica funcional e, nesse sentido, só pode estar fundada na dignidade humana, no conjunto de condições necessárias para a autodeterminação do indivíduo. Assim, apenas elementos fundamentais para a concretização da liberdade de

desenvolvimento do cidadão podem compor o rol de bens jurídicos passíveis de proteção penal.

Nota-se que, mesmo diante da dificuldade de se encontrar critérios objetivos para sua definição, o bem jurídico-penal é de extrema importância ao limitar o alcance do Direito Penal sobre condutas que, por exemplo, só afetam preceitos morais, permitindo, por conseguinte, uma interpretação teleológica das normas penais incriminadoras.

Vale ainda aqui diferenciar bem jurídico de objeto da conduta, pois apesar dos conceitos não se confundirem, nem sempre é fácil detectar o que os distinguem. Além disso, importante se fixar tais diferenças em razão do princípio constitucional da exclusiva proteção de bem jurídico e para a distinção entre delitos de lesão e de perigo e os crimes de mera atividade e de resultado (material), conforme serão analisados mais adiante.

A melhor doutrina define objeto da ação ou omissão como o “elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal” (PRADO, 2005, p. 111); é aquilo que é atingido pela conduta do agente. Segundo Damásio Evangelista de Jesus (2009, p. 177), “objeto material é a pessoa ou coisa sobre que recai a conduta do sujeito ativo, como o homem vivo no homicídio, a coisa alheia no furto, o documento na falsificação etc”.

Portanto, o bem jurídico pode ou não coincidir com o objeto material. O crime pode não ter um objeto da ação, como é o caso dos crimes de mera atividade, enquanto que o objeto jurídico é um ponto fixo de todos os tipos penais e, ao mesmo tempo, legitima a intervenção penal.

2.1.1 Bem jurídico-penal individual e supra-individual

Tendo em vista o critério da titularidade, os bens jurídicos podem ser classificados em individuais ou supra-individuais. No bem jurídico individual, o titular

é o indivíduo que o controla conforme sua aspiração. Os supra-individuais (também denominados de universais, macrossociais, metaindividuais ou transindividuais) são caracterizados pela titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa), pois pertencem a um grupo de pessoas ou a toda coletividade.

O Direito Penal, tradicionalmente, tutela os bens jurídicos individuais, como, por exemplo, a vida, a incolumidade corporal, a dignidade sexual, a honra e o patrimônio. No Direito Penal Clássico, as vítimas são facilmente identificadas e os crimes, em sua maioria, deixam vestígios e são cruentos.

Na tutela penal de bens jurídicos supra-individuais, a vitimização é difusa, vai além do indivíduo em si, isto é, transcende à esfera individual, tal como ocorre no meio ambiente, ordem econômica, relações de consumo, saúde pública.

O *caput* do artigo 225, da Constituição Federal de 1998, preconiza que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, isto é, o bem jurídico ambiental é de cada um, como pessoa humana. A locução “todos têm direito” alarga a abrangência da norma e não particulariza quem titulariza o direito ao meio ambiente.

Convém esclarecer que, em termos de proteção jurídico-penal, não há nenhuma hierarquia ou preponderância do bem jurídico supra-individual sobre o individual, mas sim há uma relação de complementaridade entre eles (exemplificando, não há que se falar em direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, se não há vida). Inegável, contudo, que a tutela penal de cada um tem as suas peculiaridades.

Há ainda, nesse contexto, quem classifique os bens jurídicos em coletivos e difusos. Os primeiros são aqueles que afetam um número determinável de pessoas, como ocorre na relação de consumo. Os segundos, por sua vez, dizem respeito à coletividade como um todo e tem caráter indeterminado, como é o caso do meio ambiente.

Segundo o magistério de Paulo Affonso Leme Machado (2008, p. 123):

O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo “transindividual”. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só

pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada. Enquadra-se o direito ao meio ambiente na problemática dos novos direitos, sobretudo a sua característica de direito de maior dimensão, que contém seja uma dimensão subjetiva como coletiva, que tem relação com um conjunto de utilidades.

Assinala-se que a tutela penal do meio ambiente era restrita ao aspecto meramente patrimonial, quando o direito do indivíduo de desfrutar do meio ambiente era turbado por condutas danosas.

Aliás, como bem assinala a doutrina constitucional, uma das características da Constituição Federal de 1988 é a universalização dos direitos individuais, sociais e difusos.

Em vista disso, os crimes ambientais apresentam certas especificidades, dando conta de que a infração penal não atinge apenas determinados indivíduos, seus bens e direitos, mas a coletividade.

Surge então a necessidade de criação de figuras delitivas adequadas ao bem jurídico metaindividual e, com isso, a proliferação dos delitos de perigo abstrato no Direito Penal Ambiental, antecipando-se a tutela penal.

2.2 Meio Ambiente como Bem Jurídico-Penal

Apesar da dificuldade de se fixar os critérios para selecionar os valores que merecem proteção por meio do Direito Penal, antes de delimitar o conceito de meio ambiente, é necessário entender se o meio ambiente é digno de proteção penal.

Independentemente do parâmetro adotado, no Direito Penal Garantista, tendo em vista o caráter limitativo desta espécie de tutela, é certo que o legislador ordinário deve se pautar na Carta de Direitos de 1988 e nos postulados nela consagrados para definir os bens jurídico-penais (Teoria Constitucional do Direito

Penal). Até porque, é na Constituição Federal que se encontra o fundamento para todos os demais ramos do Direito.

Por isso, por exemplo, é vedada a criminalização de condutas homossexuais, pois a Carta Magna, no artigo 5º, *caput*, preconiza a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Não se pode negar que a norma constitucional traz balizas que orientam a incriminação de condutas. Por outro lado, o legislador penal não encontra, no texto constitucional de 1988, um elenco definido e organizado dos bens que lhe cabe tutelar. Incumbe a ele a tarefa de selecionar, dentre os bens constitucionais, aqueles que merecem proteção por meio de imposição de sanção penal.

Nesse processo de escolha, o legislador deve se valer da análise dos princípios basilares da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

É indispensável fazer uma valoração da relevância do bem² e, posteriormente, selecionar as formas de lesões mais graves a ele. E, ainda, dentre essas, deve se selecionar as que se faz necessária a intervenção penal por serem as demais sanções da ordem jurídica insuficientes para proteger o bem jurídico.

A jurisprudência não foge desse entendimento. Em decisão proferida em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* interposto perante o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes assinalou:

A finalidade do Direito Penal é justamente conferir uma proteção reforçada aos valores fundamentais compartilhados culturalmente pela sociedade. Além dos valores clássicos, como a vida, liberdade, integridade física, a honra e imagem, o patrimônio etc., o Direito Penal, a partir de meados do século XX, passou a cuidar também do meio ambiente, que ascendeu paulatinamente ao posto de valor supremo das sociedades contemporâneas, passando a compor o rol de direitos fundamentais ditos de terceira geração incorporados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

Parece certo, por outro lado, que essa proteção pela via do Direito Penal justifica-se apenas em face de danos efetivos ou potenciais ao valor fundamental do meio ambiente; ou seja, a conduta somente pode ser tida como criminosa quando degrade ou no mínimo traga algum risco de

² Segundo ensinamento da melhor doutrina, “a exigência de uma particular relevância social para os bens jurídico-penais significa postular sua autonomia axiológica – tais bens devem ser considerados fundamentais para o indivíduo e a vida social [...] O melhor critério de aferição valorativa desses bens é o fornecido pela doutrina constitucional eclética” (PRADO, 2008, p. 146).

degradação do equilíbrio ecológico das espécies e dos ecossistemas. Fora dessas hipóteses, o fato não deixa de ser relevante para o Direito. O Direito Penal atual, especialmente no âmbito da proteção do meio ambiente, como *ultima ratio*, tendo caráter subsidiário em relação à responsabilização civil e administrativa de condutas ilegais. Esse é o sentido de um Direito Penal mínimo, que se preocupa apenas com os fatos que representam graves e reais lesões a bens e valores fundamentais da comunidade. (STF, RHC 88.880/SC, DJU 09.06.2006. De igual sentido, vide STJ, HC 35.203/SP, j. 12.06.2006, rel. Min. Laurita Vaz)

Arremata-se que não basta que o bem jurídico esteja consagrado na Constituição Federal para haver necessidade de tutela penal. O que autoriza a intervenção do Direito Penal é o fato do bem estar sofrendo violentos e vários ataques e os demais ramos do Direito não serem suficientes para garantir sua proteção. Em outras palavras, só se houver insuficiência das demais instâncias de responsabilização, é que se socorre ao Direito Penal.

Pois, segundo dita o Princípio da Intervenção Mínima, para a proteção dos interesses sociais mais relevantes, como o meio ambiente, o Estado deve primeiro adotar meios menos lesivos a liberdade do homem, antes do Direito Penal, que deve sempre ser subsidiário.

A Carta Magna concedeu ao meio ambiente status de bem (direito) constitucional e, não é só, estabeleceu que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, por força do seu artigo 5º, § 2º.

Além disso, o referido artigo 225 está intimamente conexo ao rol axiológico basilar enumerado na Constituição de 1988, existindo um vínculo estreito com a dignidade, liberdade, igualdade e justiça, fixadas no preâmbulo e nos artigos 1º e 5º da Lei Magna, bem como, com outros direitos igualmente fundamentais, como a vida, saúde e, até mesmo, com a função social da propriedade.

Nessa linha, inquestionavelmente, além de consagrado na ordem constitucional, o meio ambiente merece a tutela penal, uma vez que é indispensável à própria existência do gênero humano e há sim condutas que devem ser criminalizadas por constituírem formas graves de ataques ao meio ambiente e que não podem ser contidas por outros setores do direito.

2.3 Delimitação do Bem Jurídico Ambiental

A análise do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Ambiental requer uma demarcação conceitual do seu objeto de proteção, ou seja, imprescindível a delimitação dos elementos que englobam o meio ambiente para, desta forma, restringir a tutela penal.

A Constituição da República Federativa do Brasil³, em seu artigo 225, considera o meio ambiente “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Essa norma constitucional, de natureza programática, não delimitou o seu objeto de proteção, deixando tal incumbência ao legislador infraconstitucional.

Devido o caráter multidimensional do meio ambiente, há três correntes doutrinárias principais que buscam solucionar a problemática de conceituação do bem jurídico meio ambiente.

Parcela da doutrina traz um conceito bastante amplo denominado globalizante ou totalizador⁴, no qual o meio ambiente não fica limitado apenas aos aspectos biológicos (meio ambiente natural), tais como água, solo, ar atmosférico, flora e fauna, mas também abrange os espaços urbanos fechados (edificações e construções) e espaços urbanos abertos (como ruas, avenidas, parques, praças, etc.), construídos pelo homem, que constituem o meio ambiente artificial, também chamado de meio ambiente humano. Além do meio ambiente natural e artificial, acrescentam ainda o meio ambiente cultural que abrange o patrimônio histórico,

³ A Constituição Federal do Brasil de 1988, diferentemente das Constituições anteriores, tratou amplamente sobre o meio ambiente (inclusive, reservou um capítulo intitulado “Do Meio Ambiente”), referido tema encontra-se disperso em todo o texto constitucional: artigos 5º, incisos XXIII e LXXIII; 23, inciso III; 24, incisos VI e VIII; 129, inciso III; 170, inciso VI; 173, § 5º; 174, § 3º; 186, inciso II; 200, inciso VIII; 216, inciso V; 231, § 1º, e 225. Tratou, por exemplo, a ordem constitucional sobre a ação popular, a competência comum e concorrente, a titularidade do Ministério Público, a defesa do meio ambiente e a atividade econômica, a atividade garimpeira e a tutela do ambiente, o sistema de saúde e o meio ambiente ecológico, sanções penais e administrativas e a reparação de danos.

⁴ Vale destacar a definição legal prevista no inciso I, do artigo 3º, da Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, segundo referido dispositivo meio ambiente é o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química ou biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

arquitetônico, artístico, turístico, arqueológico, paisagístico, religioso, etnográfico, monumental, científico (por exemplo: esculturas, paisagens naturais distintas, sítios históricos, entre outros).

Dentro dessa concepção ampla, o ilustre e renomado doutrinador José Afonso da Silva (2000, p. 20) conceitua o meio ambiente como sendo a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.⁵ Assim, citado autor assevera que:

o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

Dentro dessa mesma perspectiva, há aqueles que agregam ainda a este conceito o meio ambiente do trabalho, que, por sua vez, seria o local onde as pessoas desenvolvem suas atividades laborais.

Sobre a concepção globalista, arremata Luiz Regis Prado (2005, p. 123), “define-se ambiente como tudo o que circunda e condiciona a vida do homem, o entorno que o envolve, que, em certa medida, conduz à problemática ecológica em geral”.

A doutrina majoritária brasileira adota essa diretriz excessivamente ampla do conceito de meio ambiente. A nosso ver, tal conceito unitário é inapropriado em matéria penal e, em razão de sua vasta amplitude, dificulta a necessária delimitação do meio ambiente como bem jurídico-penal.

Ademais, se adotada referida orientação, quase tudo poderia ser englobado nesse conceito de meio ambiente, pois todas as infrações penais violariam o ambiente e não haveria, destarte, outro bem jurídico.

Outra vertente doutrinária defende um conceito reducionista, reduzida ou restrita de ambiente, pelo qual o meio ambiente consiste apenas em um conjunto de elementos naturais, que são a água e o ar, excluindo assim a flora, a fauna e o

⁵ Outros defensores dessa corrente amplíssima: Milaré (2007, p. 921) e Sirvinskas (2002, p. 12/17).

solo. É um conceito puramente físico e reduz a tutela penal do meio ambiente à proteção da água e do ar.

Constata-se que as duas posições doutrinárias acima expostas são muito extremas na concepção do meio ambiente, pois uma (a globalizante) é muito ampla e a outra (a reducionista) é muito restrita. Deste modo, a nosso ver, não parece que alguma delas corresponde à vontade do legislador constitucional estampada no artigo 225, muito pelo contrário, esses conceitos depreciam o valor constitucional gravado no referido dispositivo.

Por isso, mais conveniente e apropriada a corrente intermediária, segundo a qual o meio ambiente contempla apenas elementos naturais, quais sejam: água, ar, solo, fauna e flora⁶. Essa sim é a concepção mais adequada ao texto constitucional brasileiro e, assim, bem delimita o bem jurídico ambiental.

Filia-se a esse exato sentido Luiz Regis Prado (2005, p. 125):

As formulações demasiadamente extensas têm caráter meramente indicativo ou programático, o que inviabiliza a elaboração de objetivos concretos com rigor lógico-jurídico essenciais à estruturação do sistema normativo penal. De outro lado, a visão antagônica- de cunho reducionista- não garante suficiente proteção do bem jurídico, nem se harmoniza à sua noção constitucional.

Assim, o meio ambiente deve ser compreendido como o conjunto de elementos naturais imprescindíveis à vida e ao desenvolvimento do ser humano, não se confundindo com os demais bens jurídicos individuais ou transindividuais como a saúde pública, urbanismo, propriedade etc.

Do exposto, conclui-se que o bem jurídico ambiental é uma espécie de bem que, por sua própria natureza, pode ser vulnerado sem que se possa perceber e mensurar, ao menos de imediato, o *quantum* de turbação por ele sofrida, mas que nem por isso deixa de ser lesado ou posto em risco. Exemplificando, a concentração de poluentes na atmosfera, nos rios, nos mares, no solo.

⁶ “O meio ambiente vem a ser um bem jurídico autônomo- multimodo- composto de vários elementos diversificados (v.g., ar, água, solo, flora, fauna etc.), de natureza difusa, supraindividual ou macrossocial” (PRADO, 2005, p.178).

É dentro desse contexto (concepção e natureza do bem jurídico ambiental) que surge a necessidade de tipificação nos moldes de perigo abstrato, pela dificuldade e, muitas vezes, inviabilidade da constituição da prova do dano e, até mesmo, do próprio perigo ao objeto jurídico. Pois não se pode ignorar que muitos danos ambientais só são verificados após muitos anos, séculos e até milênios.

3 MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS PENAIS

A Constituição Federal promulgada em 1988 caracteriza-se pela presença de garantias individuais que limitam a atuação do Estado, bem como, concomitantemente, de imperativos de tutela (sobretudo de bens transindividuais), para, desta forma, restringir o *ius puniendi* estatal e, principalmente, afirmar e concretizar os direitos fundamentais, protegendo-os contra agressões de outros indivíduos.

Conforme se exporá mais adiante, os princípios constitucionais relacionados ao Direito Penal também tendem a limitar a interferência penal, restringindo a atividade penal do Estado (garantismo negativo), no sentido de garantir às pessoas a inviolabilidade do direito a liberdade e outras prerrogativas individuais. Porém, conforme também se verá a posterior, há princípios que ampliam a intervenção penal (garantismo positivo)⁷.

Certo é que a Constituição Federal pátria traz consigo normas propulsoras do Direito Penal para determinadas matérias, isto é, elenca vários preceitos que implicam no alargamento da atuação do Direito Penal, ampliando o campo de bens penalmente tutelados, como bem menciona Luiz Luisi (2003, p. 57):

[...] as Constituições contemporâneas tem, ao lado dos princípios até agora analisados, uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça material. Expressam esses tipos de normas constitucionais, as instâncias do Sozialstaats, e fazem com que o Estado exerça uma função ativa, ampliando a área de atuação do direito penal. (original não grifado)

Referido doutrinador denomina essa espécie de norma constitucional de cláusulas de criminalização, mas também são chamadas de mandados

⁷ Conforme será visto detalhadamente na análise do Princípio da Proporcionalidade.

constitucionais de criminalização ou penalização. Elas, por sua vez, podem ser explícitas ou dedutíveis do contexto das normativas constitucionais⁸.

Como bem anota Antonio Carlos da Ponte (2008, p. 152), os mandados de criminalização ou penalização “indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral”.

Ainda sobre essa obrigação do legislador ordinário de criminalizar condutas, dispõe o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* nº 104.410 RS:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

Ainda segundo o ilustre ministro, essa interpretação da Corte Constitucional alemã empresta “uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de 'adversário' para uma função de guardião desses direitos”⁹ e a não observância do dever de proteção “corresponde a uma lesão do direito fundamental”.

Sem dúvida, as indicações criminalizadoras foram adotadas pelo constituinte de 1988, inclusive a vigente Lei Maior nesse aspecto é bastante farta,

⁸ Cita-se como exemplo de mandado de penalização implícito o combate à corrupção no âmbito eleitoral e em todo o Poder Público.

⁹ O relator do *Habeas Corpus* nº 104.410 RS, o Ministro Gilmar Mendes, no seu voto, com base na doutrina e na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, destaca que o dever de proteção pode ser classificado em: a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta; b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico e tecnológico.

pois numerosas são as cláusulas que ordenam apenações de condutas ou impõem tratamento mais severo a certas modalidades de infrações penais.

Nesse sentido, basta verificar os incisos XLI, XLII, XLIII, XLIV, do artigo 5º, da Lei Magna:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

São também mandados explícitos de criminalização os seguintes dispositivos contidos na Constituição de 1988: artigo 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade) e § 3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); artigo 7º, inciso X (determina a criminalização da retenção dolosa do salário dos trabalhadores urbanos e rurais); artigo 226, § 8º (dever do Estado de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações); e artigo 227, § 4º (a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente).

No mesmo diapasão, a Constituição Federal, no parágrafo 3º do artigo 225, determina que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”¹⁰.

¹⁰ Segundo Luiz Regis Prado (2005, p. 82), a origem imediata do parágrafo 3º, do artigo 225, da Constituição Federal, é o parágrafo 3º do artigo 45 da Constituição Espanhola, que foi a primeira a consagrar expressamente a tutela do meio ambiente, através de um comando de criminalização de segunda geração.

Destarte, para a concreção desse comando constitucional, o legislador ordinário deve editar normas de caráter civil, administrativo e, também, se efetivamente necessário, normas incriminadoras penais destinadas à proteção do meio ambiente, o qual constitui direito fundamental transindividual que, segundo a Teoria das Gerações de Direitos difundida por Norberto Bobbio, é um direito de terceira geração, isto é, um direito de fraternidade e *erga omnes*, oponíveis contra todos.

Assim, a tutela penal do meio ambiente encontra supedâneo não só nas necessidades intrínsecas do ser humano, mas também no mandado expresso de criminalização indicado pelo artigo 225, parágrafo 3º, da Carta Magna, que erigiu, de forma explícita, o meio ambiente como bem jurídico-penal.

Por conseguinte, para a plena efetividade dessa norma programática, o legislador infraconstitucional incorporou ao ordenamento jurídico a Lei 9.605/98, que trata sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2.008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.

Cabe aqui salientar que é exatamente dentro desse contexto dos mandados de criminalização que surge a possibilidade de controle de constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Em seu voto no *Habeas Corpus* nº 104.410 RS, o ministro Gilmar Mendes, inspirado na doutrina e jurisprudência da Corte alemã, aponta três níveis de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais:

O controle de evidência (*Evidenzkontrolle*), em que “a norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico”.

Em suma, no controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*), “deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de

determinada política criminal”¹¹. Assim, com o conhecimento dos dados da realidade que serviram de pressuposto da atividade legislativa, pode-se “averiguar se o órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada”.

No controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*), se analisa se a medida legislativa é “necessariamente obrigatória, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. O controle é mais rígido, pois o Tribunal adentra o próprio exame da ponderação de bens e valores realizada pelo legislador”.

Com essas considerações, arremata o ilustre ministro da Corte Suprema:

[...] O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição - o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

Feitas tais considerações, nesta pesquisa científica se analisará, mais adiante, a constitucionalidade das leis penais ambientais que adotaram a fórmula de tipificação de perigo abstrato.

¹¹ Daí a importância das técnicas postas à disposição do Supremo Tribunal Federal destinadas à constatação dos fatos e prognoses legislativos, tais como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas.

4 DELITOS DE PERIGO

Para a compreensão das infrações penais de perigo abstrato, serão feitas a seguir algumas considerações, de cunho histórico e conceitual, sobre o perigo e crimes de perigo.

4.1 Considerações Históricas

Não há como compreender o Direito sem o associar ao contexto histórico, cultural, científico, social e econômico da sociedade. Por isso, importante traçar um breve comentário sobre os antecedentes históricos dos crimes de perigo abstrato.

A doutrina aponta que os delitos de perigo abstrato existem como fórmula de tipificação desde tempos remotos, inclusive, na Roma Antiga, ainda que não designados desta forma. Ou seja, o Direito da Antiguidade não desconheceu os delitos de perigo abstrato, mas os considerou no campo prático, e não de forma doutrinária e sistematizada.

Na Antiga Roma, por exemplo, o fato de colocar um vasilhame sobre o peitoril da janela era considerado ilícito penal, mesmo que não ocorresse lesão aos transeuntes. A traição e a covardia também eram crimes que não demandavam qualquer dano ao bem jurídico protegido.

Por outro lado, doutrinariamente, a teoria dos delitos de perigo é um tema bastante atual e foram designados pela primeira vez por Karl Binding, segundo menciona diversos autores, como Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 51).

Dentre eles, Aníbal Bruno (1967, p. 222) aponta Binding como o primeiro que estabeleceu a distinção entre crimes de dano e crimes de perigo.

Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 128), ao ensinar sobre o desenvolvimento metodológico do conceito dos delitos de perigo abstrato no Direito Penal Clássico, destaca:

A primazia do desvalor de resultado para o direito penal clássico traz problemas para a conceituação ou para a aceitação dos delitos de perigo abstrato. A dificuldade da doutrina clássica em compatibilizar os delitos de perigo abstrato com a supremacia do desvalor de resultado é visível na obra de BINDING.

Conforme mencionado autor, Binding classificou as normas penais em: proibições de lesão (*Verletzungsverbote*); proibições de perigo (*Gefährdungsverbote*); e infrações de polícia ou delitos de desobediência (*Ungehorsamsstrafe*).

As proibições de lesão são aquelas que se referem ao dano efetivo a um bem jurídico e, por isso, não causam dificuldades ao relacioná-las com o desvalor do resultado.

De seu turno, as proibições de perigo vedam comportamentos que ocasionam um perigo concreto ou que são idôneos para a produção de dano ao objeto jurídico¹². Para Binding, a exposição a perigo de um bem jurídico equivale a sua lesão, pois perturba a sua existência, e sempre deve ser demonstrada para a incidência da norma penal (nega a presunção de perigo *iure et de iure*).

Conforme Binding, nas infrações de polícia ou delitos de desobediência, o injusto penal restaria caracterizado com a mera prática da conduta descrita na norma, não havendo necessidade de qualquer resultado concreto ou periculosidade do comportamento - existindo somente o desvalor da ação.

Logo, o que Binding denominava de infrações de polícia ou delitos de desobediência se aproxima bastante aos que hoje se denomina de crimes de perigo abstrato.

Essas últimas eram criticadas por Binding em razão da incidência da norma penal pautada somente sobre a ação, desvinculada a resultados exteriores. Conforme observa Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 130), para Binding “não deveria

¹² As normas de proibição de perigo correspondem aos que, atualmente, se denominam delitos de perigo concreto e crimes de perigo abstrato-concreto.

haver relevância penal em uma mera ficção de perigo de resultado” e, portanto, não deveriam ser legítimos os crimes de perigo abstrato.

4.2 Conceito de Perigo

Diversas são as teorias que tratam do conceito de perigo. Em razão da diversidade de proposições típicas, não há como formular um conceito geral de perigo, mas apenas traçar características que lhe são próprias.

Existem três correntes doutrinárias que tratam do conceito de perigo.

A teoria subjetiva que tem como principais defensores Janka, Von Buri e Finger (SILVA, 2003, p. 53). Conforme essa vertente, o perigo não existe objetivamente, mas sim é fruto da imaginação da mente humana.

Vale a pena transcrever o estudo de Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 53):

O perigo é um mero *ens imaginationis* ou, na famosa expressão formulada por Hälschner, “filho da nossa ignorância”, decorrente da falha de nosso conhecimento, uma hipótese e não uma possibilidade, uma representação mental oriunda do temor e da ignorância do homem, uma sensação que, sendo um mero fruto da imaginação, não existe concretamente.

Segundo Néelson Hungria (1958, p. 15), esta teoria subjetiva defende que o “perigo não é senão uma idéia, um *ens imaginationis*, nada tendo de objetivo: é uma hipótese, não um fato; uma abstração subjetiva, não uma entidade concreta”. Ainda, referido autor conclui que o perigo, “segundo os subjetivistas não passa de uma impressão de temor, de uma representação mental, de uma pura indução subjetiva”.

Já a teoria objetiva preceitua que o perigo não é mero ente da imaginação fruto da ausência de conhecimento do ser humano, mas um ente real e objetivo, assim, esta corrente se contrapõe à concepção da teoria anterior.

Ainda segundo esta corrente (SILVA, 2003, p. 53):

O perigo, para essa teoria, constitui um “trecho da realidade”, idéia que tem como adeptos autores do porte de Hälschner, Merkel, Von Kries, Binding, Von Liszt, na Alemanha, e Florian, Jannitti di Guyanga, Maggiore, Carnelutti, Ranieri, na Itália, e, entre nós, Madureira de Pinho.

Portanto, para esta vertente objetivista, “existe uma possibilidade ou probabilidade *objetiva* (segundo um cálculo estatístico ou observação sistemática dos fatos) e, portanto, um perigo objetivo”. Segundo a teoria objetiva, o perigo é “um *estado de fato* que contém as condições (incompletamente determinadas) de um evento lesivo” (HUNGRIA, 1958, p. 16).

Há ainda uma terceira vertente intermediária, que concilia as duas teorias acima referidas, segundo a qual o perigo é, simultaneamente, objetivo e subjetivo. Visto que, o perigo é algo objetivo, pois existe como realidade, e, ao mesmo tempo, é subjetivo porque é perceptível.

Preconiza Oppenheim (1894) apud Nélon Hungria (1958, p. 16):

Podemos apenas conhecer, mediante a experiência, a possibilidade próxima ou probabilidade (condições necessárias ao necessário dano) pela sua presença. Se essa possibilidade ou probabilidade é sempre alguma coisa de *subjetivo*, todavia a situação na qual um objeto é posto mediante o perigo é alguma coisa de *objetivo*.

Esta é a vertente adotada pelo ilustre doutrinador Álvaro Mayrinque da Costa (2005, p. 834):

O perigo constitui um trecho da realidade abarcando um aspecto objetivo-subjetivo, revelado na proporção do percebido, sendo um conceito normativo-ontológico, pois o perigoso é o que diz a norma, cuja seleção típica emanou do cotidiano fático da vida.

A nosso ver, a teoria que melhor define o perigo é essa vertente mista (ou eclética), constituindo o perigo tanto uma hipótese, quanto um trecho da realidade. Exemplificando, quando uma pessoa conduz um veículo automotor

perigosamente, isso significa que existe a hipótese de que outro indivíduo termine ferido por conta de um eventual acidente, mas ao mesmo tempo há a realidade, perceptível pelos sentidos humanos que são a alta velocidade imposta pelo agente e os riscos inerentes às manobras praticadas por este.

A doutrina também é divergente no sentido de estabelecer quando o perigo restaria configurado. Nessa perspectiva, para alguns é necessária apenas a possibilidade de dano a um bem, para outros é imprescindível a presença de uma probabilidade.

A corrente majoritária é aquela que sustenta ser necessária a probabilidade, ou seja, potencialidade para a ocorrência de um evento danoso no caso concreto, não admitindo assim o improvável. Tem por formuladores: Bettioli, Biamonti, Carnelutti, Maggiore, Petrocelli, Pannain, Grispigni, Ranieri, Santoro, Vannini, Nelson Hungria, e Aníbal Bruno (SILVA, 2003, p. 54). Para este último (1967, p. 222), “os crimes de perigo não reclamam para que se julguem perfeitos um dano efetivo. Basta para configurá-los a probabilidade de dano. Nessa probabilidade de dano está a definição de perigo”.

Igualmente nesse sentido, é a posição de Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 194), para o qual “o perigo só é reconhecível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano”.

Assevera Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 171) que:

O perigo depende da probabilidade do dano, isto é, da possibilidade relevante do dano vir a acontecer. Não basta a mera possibilidade; é preciso uma relevante possibilidade de concretização do dano. Essa relevante possibilidade é chamada de probabilidade. Perigo é, pois, a probabilidade do dano.

Guilherme Souza Nucci (2008, p. 637) também é defensor desta tese, conforme dispõe em sua definição de delito de perigo:

[...] o crime de perigo contenta-se com a mera probabilidade de dano. Trata-se de um juízo de probabilidade que se funda na normalidade dos fatos, vale dizer, conforme o que usualmente costuma acontecer, o legislador leva em consideração o dano em potencial gerado por uma determinada conduta para tipificá-la.

A nosso ver, assiste razão essa posição doutrinária que declara a insuficiência da simples possibilidade, pois, para a óptica jurídico-penal, o perigo não pode ser uma possibilidade abstrata ou uma eventualidade incomum¹³.

A corrente minoritária é a que defende ser necessária apenas uma mera possibilidade e admite o improvável, tendo como defensores: Anturo Rocco, Delitala, Florian, Finger e Von Hippel (SILVA, 2003, p. 54).

Diz Rocco apud Néelson Hungria (1958, p. 18) que:

Perigo não é apenas a possibilidade próxima do dano, a *probabilidade*, maior ou menor (perigo próximo); mas a possibilidade de dano *in genere*, baixa ou elevada, maior ou menor, próxima ou remota (perigo próximo ou remoto). Para o conceito de perigo é, assim, indiferente o mais ou o menos, o grau de possibilidade. Mesmo aquilo que *não é provável* é possível. A possibilidade do dano, qualquer que seja o seu grau, é necessária e *suficiente* ao conceito de perigo.

Ao conceituar os crimes de perigo, Damásio Evangelista de Jesus (2009, p. 185) afirma que estes “se consumam tão-só com a possibilidade do dano”. Assim, com esta definição, o renomado doutrinador se filia a essa corrente.

4.3 Conceito de infrações de perigo

O delito de perigo é aquele em que o tipo penal, explícita ou implicitamente, exige para a sua configuração a ocorrência de um comportamento em si mesmo perigoso ao objeto jurídico. Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2004,

¹³ Neste sentido, vale ressaltar o que dispõe Löffler apud Néelson Hungria (1958, p. 19): “o direito penal deve desinteressar-se dos perigos mínimos ou de escassa possibilidade, pois, de outro modo, cessaria toda a liberdade de movimentos. Se estivéssemos obrigados a prevenir a infinita variedade dos possíveis acontecimentos lesivos, teríamos de evitar as ações ou omissões mais comezinhas da vida cotidiana. No curso desta, há certa normalidade de riscos. O homem só deve abster-se daquilo que, segundo a lição da experiência comum, fundada no curso normal dos fatos, pode acarretar danos antijurídicos”.

p. 194), “crime de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo”.

“Crime de perigo é aquele que, sem destruir ou diminuir o bem-interesse penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos bens ou interesses, com relevante probabilidade de dano” (COELHO, 1991 apud SILVA, 2003, p. 55).

Nos delitos de perigo, há uma antecipação da tutela penal, tendo em vista que, para a consumação do crime, basta a existência de perigo ao bem jurídico que, por sua vez, ora é presumido (ínsito à conduta), ora deve ser comprovado concretamente (PRADO, 2006, p. 241).

Cumprе consignar que não se deve confundir delito de perigo com crime formal ou crime de mera conduta, uma vez que esses últimos se referem à existência de resultado naturalístico¹⁴ em relação ao objeto sobre o qual recai a ação ou omissão criminosa (objeto material), enquanto que as infrações de perigo referem-se à afetação ao objeto jurídico protegido¹⁵. Pelo mesmo motivo, se distingue crime material de crime de dano ou lesão.

O escopo de se antecipar a intervenção penal é evitar condutas mais gravosas ao bem jurídico, pois se houver a penalização do perigo, a tendência é, por óbvio, evitar punir o dano.

Em regra, as infrações penais de perigo são formuladas para evitar a prática dos crimes de lesão. Por isso, o mais adequado é cominar penas mais brandas aos crimes de perigo em relação às infrações de dano, com as quais tenham ligação, porque é evidente que o perigo de dano é menos lesivo do que o dano propriamente dito. Contudo, tal panorama lógico-sistemático não vem sendo observado pelo legislador ordinário na elaboração de tipos penais de perigo e de dano.

¹⁴ “Na verdade, o estudo do dano e do perigo não está relacionado com o resultado naturalístico, mas sim com o com o resultado jurídico, pois perigo e dano constituem graus de violação do bem jurídico” (BARROS, 2003, p. 170).

¹⁵ O que podemos concluir é que os delitos de perigo concreto “são, pois, delitos de resultado (de proximidade da lesão), enquanto que os delitos de perigo abstrato são delitos de mera atividade (perigosa), mas ambos são verdadeiros delitos de perigo porque exigem não seja ele previamente excluído” (MIR PUIG, apud PRADO, 138).

4.4 Classificação dos Crimes de Perigo

Diversas são as classificações em torno dos delitos de perigo, pois a doutrina leva em conta uma série de critérios objetivos e subjetivos.

Porém, antes de trazer a baila as espécies de delitos de perigo, mister a definição dos crimes de dano ou lesão, os quais também estão relacionados com o objeto jurídico.

4.4.1 Crimes de dano ou de lesão

Os crimes de dano são aqueles que se consumam com a lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. Isto é, a conduta do agente provoca um dano concreto ou material (destruição, perda, restrição ou diminuição). “Trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humano” (NUCCI, 2008, p. 134). Ainda, segundo Luiz Régis Prado (2006, p. 241), “trata-se de uma especificação do delito de resultado”.

São modelos de crimes de dano, no ordenamento jurídico pátrio, os artigos 121 (homicídio); 129 (lesões corporais); 123 (infanticídio); 155 (furto); 157 (roubo); 213 (estupro); 312 (peculato), todos do Código Penal.

Esse tipo de delito não é, em muitos casos, adequado para a proteção do meio ambiente, visto que os danos ecológicos nem sempre são perceptíveis imediatamente após as condutas e, com isso, são de difícil comprovação.

Vale lembrar que até a vigência da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, os crimes ambientais, em sua maioria, eram tipificados como delitos de lesão (FREITAS, 2001, p. 39):

Embora um dos princípios mais relevantes do Direito Ambiental seja o da prevenção, até a entrada em vigor da Lei 9.605/98 o que se observava era que a maior parte dos crimes ambientais estava incluída na espécie de crimes de dano, quais sejam aqueles que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico.

É evidente que isso ocorria porque as leis penais ambientais anteriores foram editadas quando a questão ambiental ainda não era tratada com mais profundidade e se desprezava a importância de se evitar os danos ao bem jurídico ambiental, os quais, se não são irreversíveis, são de difícil ou complexa reparação, apesar dos avanços tecnológicos e científicos nesse sentido.

4.4.2 Delitos de perigo concreto

A doutrina clássica subdivide os crimes de perigo em delitos de perigo abstrato e delitos de perigo concreto.

“Crime de perigo concreto é aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso” (SILVA, 2003, p. 68). Em outras palavras, as infrações penais de perigo concreto só se consumam com a real ocorrência de perigo ao bem jurídico tutelado.

Desta forma, o perigo concreto precisa estar descrito na peça acusatória e comprovado pelo órgão acusador na instrução criminal, isto é, deve ser demonstrado que determinado bem juridicamente protegido foi exposto a uma situação de risco.

Consoante a doutrina majoritária, no delito em apreço, o perigo constitui elemento do tipo. Deste entendimento não difere Luiz Regis Prado (2006, p. 241), o qual aduz que, nos delitos de perigo concreto:

o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo

deve ser efetivamente comprovado. Trata-se de espécie de delito de resultado, em que o bem jurídico sofre um perigo real de lesão.

Existem doutrinadores, como José Cerezo Mir (2006, p. 469), que denominam esta categoria de crime como delito de resultado de perigo, uma vez que o perigo para o bem jurídico é incluído no conceito de resultado.

Há ainda autores que preferem a denominação de crimes de perigo efetivo, ao invés de perigo concreto, pois defendem que o perigo é sempre concreto, porém, nessa espécie, o perigo deve ser demonstrado.

São exemplos de delitos de perigo concreto os artigos 130 (perigo de contágio venéreo); 132 (perigo para a vida ou saúde de outrem); 134 (exposição ou abandono de recém-nascido); 250 (incêndio); 251 (explosão), todos do Código Penal; artigo 309, da Lei 9.503/97 (condução perigosa de veículo sem ter carteira de habilitação ou autorização legal para dirigir); artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86 (gestão temerária); entre outros.

Os delitos de perigo concreto também são frequentes na legislação penal ambiental. Exemplificando: artigos 42 (soltar balões), 60 (locais poluidores), 61 (propagar doença), da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais), conforme será visto mais adiante.

Vale a pena ressaltar que a tipificação no modelo de perigo concreto encontra como limitações na proteção do meio ambiente: a dificuldade de se provar, na prática, a ocorrência do perigo ao meio ambiente e o liame causal entre a conduta do agente e o resultado (perigo ao objeto jurídico).

4.4.3 Delitos de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato são aqueles que se configuram, automaticamente, com a prática do comportamento descrito no tipo penal, mesmo

que, no caso concreto, não se evidencie algum perigo ao bem jurídico tutelado¹⁶, sendo suficiente a simples verificação de uma atividade perigosa (SILVA, 2003, p. 72).

Há quem denomine essa categoria, como faz Luiz Flávio Gomes, Cleber Masson e Flávio Augusto Monteiro de Barros, de “crimes de simples desobediência”. Damásio Evangelista de Jesus (2009, p. 215) também chama os delitos de perigo abstrato dessa forma, segundo ele “a simples desobediência ao comando geral, advinda da prática do fato, enseja a presunção do perigo de dano ao bem jurídico”.

Verifica-se que essa designação utilizada por tais doutrinadores remontam às denominações dadas por Binding (infrações de polícia ou delitos de desobediência).

As infrações penais de perigo abstrato também são chamadas de crimes de perigo hipotético, de perigo implícito, de periculosidade, entre outras formas.

Para Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 114), “os delitos de perigo abstrato, que tratam apenas de ações arriscadas, com potencialidade de lesão ou de exposição a perigo de bens jurídicos, mas não exigem a presença fática do mesmo, seriam, portanto, mais bem definidos como delitos de risco ou delitos de periculosidade”.

Grande parte da doutrina nomeia essa categoria como crime de perigo presumido. Todavia, vale ressaltar que, não obstante muitos doutrinadores defenderem que, nos delitos de perigo abstrato, o perigo é presumido e os denominam como crimes de perigo presumido, segundo Luiz Regis Prado, está incorreta essa denominação, pois, na verdade, não se trata de presunção de perigo. O perigo é, simplesmente, a *ratio legis*, ou seja, o motivo pelo qual se criminalizou na forma do perigo abstrato. Leciona ainda citado autor que “o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, o motivo que dá lugar à vedação ou omissão, não necessitando de comprovação” (2006, p. 241). Igual entendimento tem José Cerezo Mir (2006, p. 469), que afirma que nos crimes de perigo abstrato, o perigo é

¹⁶ Nos delitos ambientais, o perigo ínsito (abstrato) refere-se ao bem jurídico de natureza difusa.

unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que induz o legislador a criar a figura delitiva.

De toda forma, o perigo abstrato está inserido na conduta do agente e não precisa ser provado para a configuração da infração penal, basta demonstrar a prática da ação ou omissão descrita no tipo penal e que a lei pressupõe perigosa.

O legislador penal, ao formular os delitos de perigo abstrato, atende à necessidade de tutela adequada à natureza dos bens jurídicos que revelam que certas condutas trazem ínsito um perigo. Isso ocorre, sobretudo, em relação aos valores transindividuais.

Muitos doutrinadores ainda defendem que se trata de presunção absoluta, *juris et de jure*, da situação de perigo, na qual a norma penal se contenta com a prática da conduta e pressupõe ser ela perigosa. Segundo eles, o perigo é presumido, mas a presunção não haverá de ser arbitrária (desvinculada da realidade), deverá ser decorrente da natureza da infração, com base na experiência e no bom senso, nos casos em que o perigo é próprio da conduta.

Nesse sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em seu voto no *Habeas Corpus* nº 104.410 RS:

Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer. O legislador, dessa forma, formula uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger.

Por outro lado, a moderna ciência penal tem entendido, nos delitos de perigo abstrato, como causa de atipicidade da conduta a comprovação da absoluta ausência de perigo ao bem jurídico tutelado no caso concreto. Na linha desse pensamento, nos delitos de perigo abstrato, existe uma presunção *juris tantum* (relativa) do perigo, conforme será visto no item seguinte.

Exemplos de perigo abstrato são os artigos 133 (abandono de incapaz); 135 (omissão de socorro); 253 (fabricação, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante); 259 (difusão de doença ou

praga); 288 (quadrilha ou bando), todos eles do Código Penal; artigos 25 e 27 da Lei nº 11.105/05; artigos 28 e 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; artigo 55 da Lei nº 9.605/98; artigos 12 e 14 da Lei nº 10.826/03; etc.

Importa destacar, outrossim, que nos crimes de perigo abstrato o perigo não constitui elemento do tipo objetivo e, portanto, não há necessidade de se comprovar, no caso concreto, o perigo para tornar a conduta típica.

Por tais razões, os delitos de perigo abstrato ampliam a aplicação do Direito Penal, pois dispensam a prova do perigo e do liame causal, exigindo tão somente a demonstração da ação ou omissão incriminada.

4.4.4 Delitos de perigo abstrato com presunção *juris tantum*

Um setor da doutrina defende que os crimes de perigo abstrato devem ostentar uma presunção *juris tantum* no tocante à vulneração do bem jurídico, isto é, admitem prova em sentido contrário. Ou seja, nos casos em que o bem jurídico protegido não se mostra ameaçado pela prática da conduta, o delito restaria descaracterizado por inexistência de periculosidade.

Essa posição doutrinária moderna defende que nos delitos de perigo abstrato não se deve dar uma presunção *juris et de jure* da existência do perigo, mas sim *juris tantum*, pois o comportamento deve ter um mínimo de idoneidade para causar perigo.

Para essa corrente, “tem-se como preferível exigir-se a periculosidade *ex ante* da ação ou omissão *concreta* como elemento indispensável à conformação do injusto material nos delitos de perigo abstrato” (PRADO, 2005, p. 142).

Contudo, diversos autores criticam essa classificação, porque ela ofenderia os princípios da igualdade, razoabilidade e, até mesmo, o princípio do *in dubio pro reo*.

Há também aqueles que, conforme visto no apartado anterior, não admitem tal classificação porque, nos delitos de perigo abstrato, não se presume, nem com uma presunção *iuris tantum* nem *iuris et de iure*, a existência de um perigo para o bem jurídico. Somente se incrimina certas condutas porque geralmente levam consigo um perigo a um bem jurídico. O perigo ao bem jurídico é unicamente a *ratio legis* da criação destas figuras delitivas (CEREZO MIR, 2006, p. 488).

Por outro lado, existem doutrinadores que defendem ser possível a coexistência de crimes de perigo abstrato: uns com presunção absoluta, tais como, o tipo penal de rixa (artigo 137 do Código Penal); e outros com presunção relativa, como, por exemplo, o abandono de incapaz (artigo 133, do Código Penal).

4.4.5 Crimes de perigo abstrato-concreto

Há quem admita uma categoria intermediária entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto, é o denominado: crime de perigo abstrato-concreto, também designado de delito de aptidão, misto, de atitude abstrata, de idoneidade, de potencial lesivo, de perigo hipotético, de ação perigosa, de conduta concretamente perigosa, de perigo potencial ou, ainda, como prefere Luiz Flávio Gomes, perigo concreto indeterminado.

Cuida-se da incriminação de condutas que devem ser aptas a ocasionar um dano ao bem jurídico-penal, são crimes com aptidão para a produção de uma lesão.

Conforme explica José Cerezo Mir (2006, p. 470), trata-se de figuras delitivas em que se proíbe a realização de uma ação que leve implícita a possibilidade de produzir um determinado resultado.

Essa nova categoria de crimes “se refere à entidade do perigo relativamente à proximidade da lesão, não sendo, como o delito de perigo concreto, delito de resultado de perigo” (PRADO, 2005, p. 138).

Nas infrações penais de perigo abstrato-concreto, o magistrado deve realizar um juízo de periculosidade no caso concreto, isto é, constatar se a conduta era idônea à criação de perigo ao bem jurídico.

O crime de perigo hipotético difere do delito de perigo concreto, pois nestes é preciso comprovar o perigo real ao bem jurídico em cada caso, ao passo que nos delitos de perigo hipotético o perigo está adstrito à conduta, devendo se verificar a periculosidade geral da conduta, sua idoneidade lesiva. Observa-se que a aptidão em produzir lesão ao bem jurídico é tida como elementar do tipo (BOTTINI, 2007, p. 115).

Frisa-se que os delitos de idoneidade apresentam características próprias das categorias de perigo abstrato e concreto, porém a doutrina não é uníssona em esclarecer essa espécie de crime, não sendo harmônica em relação às formulações de seu conceito.

Explana Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 115) que “tais delitos, para sua configuração, exigiam a produção de um ambiente de perigo em potencial, em abstrato, ou seja, que a atividade proibida ao menos criasse condições para afetar os interesses juridicamente relevantes, mas, ao mesmo tempo, não condicionavam a ameaça efetiva de nenhum bem jurídico concreto”. Assim, para ele, os crimes de perigo abstrato-concreto não se adequam ao conceito de perigo abstrato, nem à definição de perigo concreto.

Referido autor (BOTTINI, 2007, p. 116), em apertada síntese aduz:

Os delitos de perigo abstrato-concreto descrevem a conduta proibida e exigem expressamente, para a configuração da tipicidade objetiva, a necessidade da periculosidade geral, ou seja, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico. Estes tipos penais atrelam a conduta proibida a um critério material de injusto, que será a criação de um risco não permitido, mesmo que não realizado concretamente.

Seguindo essa linha de entendimento, Pierpaolo Cruz Bottini traz como exemplos dessa espécie de crime o artigo 308 da Lei nº 9.503/97 (participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição

automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada) e o artigo 54 da Lei nº 9.605/98¹⁷.

José Cerezo Mir (2006, p. 470) assinala que alguns penalistas consideram que esses delitos de aptidão para a produção de um dano poderiam ser incluídos dentro dos delitos de perigo concreto em sentido amplo, mas o citado autor defende que na realidade esses delitos são delitos de perigo abstrato.

Parece-nos acertada o posicionamento do referido autor, segundo ele (CEREZO MIR, 2006, p. 470), esta modalidade não passa de uma espécie de crime de perigo abstrato, pois não exige resultado de perigo (como ocorre nos crimes de perigo concreto), mas sim a comprovação prévia do caráter perigoso da ação ou omissão, se esta é apta ou idônea para ocasionar um dano ao bem jurídico.

4.4.6 Outras classificações

Conforme se expôs anteriormente, os crimes de perigo podem ser classificados levando-se em conta a necessidade de demonstração do perigo ao bem jurídico-penal para a caracterização do tipo penal. Essa classificação é a que os doutrinadores mais se referem.

Porém, a doutrina penalista ainda traz outras classificações, considerando outros critérios, assim faz, por exemplo, Damásio Evangelista de Jesus, Cléber Masson, Rogério Sanches Cunha e Flávio Augusto Monteiro de Barros.

¹⁷ Vide item 7.4 deste trabalho.

4.4.6.1 Perigo individual

O crime de perigo individual, conforme ensina Damásio Evangelista de Jesus (2009, p. 185), “é o que expõe ao risco de dano o interesse de uma só pessoa ou de um limitado número de pessoas”.

Também, sobre o perigo individual salienta Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129): “é o que atinge uma pessoa ou um número determinado de pessoas”.

Note-se que, nessa classificação, é analisada a titularidade do bem jurídico exposto ao perigo. Por isso, o crime de perigo individual pode ser concreto ou abstrato.

São exemplos dessa modalidade de perigo os artigos 130 a 137, do Código Penal, que constituem os Capítulos III e IV do Título I da Parte Especial do Código Penal Brasileiro e tratam da rixa e da periclitación da vida e da saúde.

4.4.6.2 Perigo comum ou coletivo

Delito de perigo comum ou coletivo é aquele que expõe a risco de dano interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas ou um indefinido número de pessoas. O perigo coletivo é “aquele que só se consuma se o perigo atingir um número indeterminado de pessoas” (BARROS, 2003, p. 130).

É o caso dos crimes contra o meio ambiente, contravenções penais contra a incolumidade pública e as infrações penais do Capítulo I do Título VIII da Parte Especial do Código Penal pátrio, que trata dos crimes de perigo comum, dentre eles, os artigos 250 (incêndio), 251 (explosão), 252 (uso de gás tóxico ou asfixiante), 253 (fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante), 254 (inundação), 255 (perigo de inundação), 256

(desabamento), 257 (subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento) e 259 (difusão de doença ou praga).

4.4.6.3 Crime de perigo abstrato de perigosidade real

Recentemente, com o advento da Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, que alterou o artigo 306, da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), que tipifica o crime de embriaguez ao volante, renovou-se a discussão acerca da natureza desse delito: se de perigo abstrato ou perigo concreto.

Em meio a essa discussão, Rogério Sanches Cunha afirma que surgiu uma nova espécie de delito de perigo denominada como crime de perigo abstrato de perigosidade real.

“No crime de perigo abstrato de perigosidade real, o risco ao bem jurídico tutelado deve ser comprovado, dispensando vítima certa e determinada. É indispensável a superação de um determinado risco-base ao bem jurídico protegido” (CUNHA, 2013).

Nessa modalidade de infração penal, assim como ocorre no crime de perigo concreto, o perigo deve ser demonstrado, porém se dispensa a comprovação de perigo para vítima certa e determinada. Essa perigosidade real refere-se à coletividade e é concreta (CUNHA, 2013).

Assim, se, por exemplo, o crime de embriaguez ao volante for considerado de perigo abstrato de perigosidade real, para a configuração do delito é necessário provar a condução anormal do veículo automotor, rebaixando o nível de segurança viária. Não se exige, por outro lado, a demonstração de perigo à pessoa certa e determinada.

A nosso ver, na verdade, o crime de perigo abstrato de perigosidade real não é uma nova categoria de crime de perigo, mas se trata de um crime de

perigo coletivo ou comum (conforme estudado no item anterior) e concreto¹⁸. Não se descarta, ao mesmo tempo, a possibilidade do delito de perigo coletivo ser de perigo abstrato, pois se referem a classificações com critérios totalmente distintos (CABETTE, 2013).

A independência entre essas classificações fica evidente, por exemplo, no crime de rixa (artigo 137 do Código Penal) que é de perigo individual e é, ao mesmo tempo, de perigo abstrato. Do mesmo modo, o crime de quadrilha ou bando (artigo 288 do Código Penal) é de perigo comum e abstrato.

“O fato de não haver determinação das vítimas ou da vítima não impede que o crime seja de perigo concreto ou abstrato. São classificações ou categorias diversas que não possuem intercomunicação necessária” (CABETTE, 2013).

4.4.6.4 Perigo atual

O perigo atual nada mais é do que aquele que está ocorrendo, como acontece no estado de necessidade, em que o agente, para salvar de perigo atual e inevitável, não provocado voluntariamente, objeto jurídico próprio ou de terceiro, obriga-se a lesionar outro alheio – definição legal do artigo 24 do Código Penal.

Está presente o perigo atual no artigo 128, I, do Código Penal (aborto necessário), em que não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

Há perigo atual também no crime de abandono de incapaz, no qual o agente abandona pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono (artigo 133, do Código Penal).

¹⁸ Pelo conceito dessa modalidade delitiva, nota-se que de perigo abstrato ela nada tem. Daí a impropriedade da sua própria denominação.

4.4.6.5 Perigo iminente

O perigo iminente é aquele que está prestes a se desencadear. Observa-se o perigo iminente no caso do artigo 132 do Código Penal (perigo para a vida ou saúde de outrem), uma vez que este dispositivo emprega a expressão “perigo iminente”.

O artigo 146, § 3º, I, do Código Penal, também faz referência ao perigo iminente, segundo tal dispositivo não configura constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

Na concepção de Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 130), o perigo iminente também é atual¹⁹, pois “se a probabilidade do dano está prestes a ocorrer é porque já está acontecendo uma situação de perigo”.

4.4.6.6 Perigo futuro ou mediato

Por fim, o perigo futuro é o que, apesar de não existir no presente, pode sobrevir em momento posterior. Menciona Néelson Hungria (1958, p. 20) que o perigo futuro ou mediato é “aquele que, embora não existindo na atualidade, pode advir em tempo sucessivo. É a probabilidade de perigo ou o *perigo de perigo*. É o evento genérico das contravenções e das tentativas dos *crimes de perigo*”.

Exemplos no ordenamento jurídico brasileiro são os artigos 14 (Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e 16 (Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), ambos da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento).

¹⁹ Néelson Hungria (1958, p. 20) trata perigo atual como sinônimo de perigo iminente, para ele “perigo atual ou iminente significa a possibilidade presente ou efetiva do dano, pouco importando a maior ou menor *persistência* ou permanência dessa possibilidade”.

4.4.6.7 Crime de perigo direto e indireto

Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 117) ensina que a doutrina italiana classifica os crimes de perigo em: perigo direto e indireto. Os tipos de perigo direto, segundo ele, são aqueles que englobam as condutas “com potencial de afetação direta a um bem jurídico, sem a necessidade de outras atividades intermediárias para a consolidação da ameaça”, como ocorre na direção em alta velocidade em via pública próxima a escolas ou hospitais.

Ainda segundo referido autor, delitos de perigo indireto são aqueles que “têm potencial para, em uma situação futura, contribuir para a lesão de interesses fundamentais”. São os casos do porte ilegal de armas de fogo e o depósito de substâncias entorpecentes.

5 POLÊMICA ACERCA DA LEGITIMIDADE DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL

O legislador penal brasileiro, para a proteção de bens jurídicos metaindividuais, como a saúde pública, segurança viária, segurança pública e meio ambiente, por vezes, se utiliza dos delitos de perigo abstrato, conforme se verifica no crime de tráfico de drogas, embriaguez ao volante, porte ilegal de arma de fogo e nos crimes ambientais.

Não obstante o uso frequente dessa modalidade delitiva, é notório o embate doutrinário e até mesmo jurisprudencial entorno do tema, não só com relação aos crimes que protegem o meio ambiente, mas também a segurança pública e segurança viária. Em relação a esses últimos, por exemplo, são recentes as polêmicas acerca da tipicidade do porte ilegal de arma de fogo desmuniada²⁰ e da embriaguez ao volante.

Nesse diapasão, a princípio, surgem duas vertentes antagônicas que tratam da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

A doutrina nacional aponta Luiz Flávio Gomes como um dos primeiros a defender a tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato no Brasil. Ele e demais ilustres doutrinadores, tais como Damásio de Jesus, Mariângela Magalhães Gomes, Alice Bianchini, Cezar Roberto Bitencourt, afirmam que os delitos de perigo abstrato são inconstitucionais porque violam o princípio da lesividade ou ofensividade, segundo o qual não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a um objeto jurídico. Para eles, como os delitos de perigo abstrato ignoram o fato do bem jurídico estar exposto a um perigo concreto, o referido princípio é violado.

Tendo em vista o princípio da lesividade, Luiz Flávio Gomes (2002, p. 35) assevera “que está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito

²⁰ Nesse sentido, vide os *Habeas Corpus* nº 102.087 MG e nº 104.410 do STF.

como uma mera desobediência ou simples infração da norma ou mesmo como simples desvalor da ação (é o que se dá no perigo abstrato)”.

Vale a pena reproduzir o que assevera Cezar Roberto Bitencourt (2004, p. 20) ao tecer considerações acerca do Princípio da Ofensividade:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. [...] Por essa razão, são *inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato*, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.

Essa tese inclusive encontra adeptos nos tribunais superiores. No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, relator do *Habeas Corpus* nº 102.087 MG, no seu voto vencido acerca da (a) tipicidade do porte ilegal de arma de fogo desmuniada, defende a impossibilidade de se tipificar condutas que não ofereçam risco concreto ao bem jurídico penal e faz referência aos autores dessa corrente doutrinária:

Daí a advertência de autores, como Luiz Flávio Gomes (“Princípio da ofensividade no Direito Penal”, 2002, RT) e Alice Bianchini (“Pressupostos materiais mínimos da tutela penal”, 2002, RT), que questionam a própria legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstrato, por entenderem que não se configura, juridicamente, a existência de ilícito penal, sem que, pelo menos, ocorra perigo real e concreto (situação de risco potencial efetivo, portanto) a um dado bem jurídico [...]

No Superior Tribunal de Justiça, ao abordar o tema, no Recurso Especial nº 34322, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro salientou:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto

jurídico. [...]. A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica.

Os estudiosos do direito dessa corrente ainda apontam a inconstitucionalidade dos tipos penais concebidos como de perigo abstrato em razão da violação aos princípios da culpabilidade, intervenção mínima, proporcionalidade e presunção de inocência, que são postulados de um Estado Democrático de Direito (artigos 1º e 5º da Constituição Federal de 1988), e, por isso, não seriam essa espécie de crime condizente com um Direito Penal Garantista por presumir um perigo.

Há, até mesmo, quem defenda que os delitos de perigo abstrato violam o princípio da reserva legal, uma vez que ampliam demasiadamente o alcance da norma, causando insegurança jurídica.

Nesse sentido, Juliana Cabral (2005, p. 15), logo no início de sua obra, em uma posição mais radical²¹, dispõe:

A criação dogmático-legislativa de um delito de perigo que se consuma, com a possibilidade de o Estado impor uma pena a um cidadão, sem que tenha havido uma conduta efetivamente lesiva ao bem jurídico, é fonte de grande insegurança para os indivíduos. O direito criou o instituto do perigo, que veio a justificar esta forma de violência estatal. [...] Ademais, esta insegurança intrínseca ao instituto jurídico do perigo, que parece incontestável, vem sendo hipertrofiada por uma produção legislativa que tem abusado da tipificação de condutas meramente perigosas. De fato, a partir da última década de 80, assiste-se no Brasil a uma evidente proliferação de tipos de perigo.

A referida autora acrescenta ainda (2002, p. 68) que tais delitos violam a dignidade da pessoa humana:

A existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada. Além disto, somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer a imposição de sanção por tê-la praticado.

²¹ A referida autora critica não só os delitos de perigo abstrato, mas os crimes de perigo em geral.

Portanto, os defensores dessa corrente asseveram que, como esses princípios possuem hierarquia constitucional, os crimes de perigo abstrato são contrários à Lei Maior e, por consequência, estão eivados de inconstitucionalidade.

Além disso, para essa vertente, as dificuldades encontradas pelo legislador infraconstitucional não legitimam os crimes de perigo abstrato. Afirmam os autores dessa corrente que o legislador penal opta pelos delitos de perigo abstrato impulsionado pela pretensão de tutelar os bens jurídicos ambientais; pela dificuldade, inúmeras vezes insuperáveis, de verificação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano, o qual, não raramente, é causado por múltiplos e/ou cumulativos fatores; pela distância existente entre a conduta e o bem jurídico protegido. Por tais motivos, em nome dessas dificuldades e pretensões, o legislador opta pela formulação de tipos de ilícitos meramente formais, nos quais a violação do dever passa ter, de forma equivocada, dignidade penal.

Em contraposição a essa linha de raciocínio, a doutrina majoritária tem consagrado, inclusive em matéria ambiental, a forma de tipo penal de perigo abstrato, reconhecendo que o Direito Penal Ambiental tutela uma determinada categoria de bens jurídicos de titularidade difusa que requer algumas peculiaridades²² na incriminação de comportamentos.

Em defesa dos tipos penais de perigo abstrato, José Cerezo Mir (2006, p. 484) assevera que, nas infrações penais de perigo abstrato, “se castigam certas condutas geralmente porque põe em perigo o bem jurídico. Se mantém, pois, uma conexão, ainda que de menor entidade, com o princípio da lesividade”.

Assim, segundo ele (CEREZO MIR, 2006, p. 477), não haveria sentido o Direito Penal tutelar o patrimônio e não tutelar os delitos contra a ordem socioeconômica, bem como não teria sentido tutelar a vida e a integridade física e não incluir os delitos de tráfico de drogas e contra o meio ambiente.

No Direito Ambiental, essa corrente se ampara, sobretudo, na usual irreparabilidade do dano ecológico, no postulado constitucional da prevenção e da

²² Esse posicionamento favorável à tipicidade dos crimes de perigo abstrato tem se consagrado, principalmente, na tutela de bens jurídicos transindividuais, tais como o meio ambiente, segurança pública e viária, a ordem econômica e a saúde pública. A maioria desses bens jurídicos, de certa forma, se relacionam indiretamente com a vida e a integridade corporal do ser humano.

precaução²³ e na imprescindibilidade de uma intervenção eficaz do Direito Penal na área ecológica.

Para os defensores dessa corrente, por diversas vezes, a incriminação por meio do tipo penal de perigo abstrato é a única saída para tornar a proteção do ambiente eficiente e, assim, evitar os ataques praticados contra o patrimônio ambiental.

Nestes casos excepcionais, não seria razoável se exigir que a tipificação dependa da comprovação de um perigo concreto, muito menos, de um dano, pois este pode ser irreparável ou de difícil reparação. Até porque, conforme já foi exposto, nessa categoria de crime, o perigo é inerente à conduta, e o legislador deve se basear em dados empíricos para selecionar os comportamentos que são em si perigosos ao bem jurídico.

Dessa maneira, para essa corrente, quando se trata de crimes ambientais, a criminalização de certas condutas através de tipos de perigo abstrato, não é uma opção do legislador, mas uma necessidade que se impõe, sendo que de outra forma não se conseguiria tutelar eficazmente o bem jurídico meio ambiente. Por isso, tal técnica legislativa é compatível com a função preventiva almejada tanto pelo Moderno Direito Ambiental.

Por esses e outros argumentos que serão expostos detalhadamente no item seguinte, a tipificação em perigo abstrato se mostra razoável e proporcional no intuito de garantir o direito fundamental ao meio ambiente à coletividade.

Vale ressaltar que, dentro deste embate doutrinário, existem os defensores dos delitos de perigo abstrato com presunção *juris tantum*, por entenderem que esta modalidade é mais condizente com os princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, pois, como já foi elucidado,

²³ Convém assinalar que há juristas que se referem ao *Princípio da Prevenção*, outros utilizam *Princípio da Precaução* e existem aqueles que usam ambas as expressões, supondo ou não diferença entre elas. Segundo alude Édis Milaré (2007, p. 766), a “prevenção trata de riscos ou impactos já *conhecidos* pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos *desconhecidos*. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco *certo*, a precaução vai além e se preocupa com o risco *incerto*. Ou ainda, a prevenção se dá em relação ao perigo **concreto**, ao passo que a precaução envolve perigo **abstrato**”. Alegando este princípio, os defensores ressaltam que os delitos de perigo abstrato constituem, de fato, uma forma indireta e mesmo preventiva de tutelar o meio ambiente. A tutela preventiva se impõe por meio de punição de fatos que constituem uma agressão ao bem jurídico (meio ambiente) relevante que se não forem contidos, tornam inócua a tutela do bem jurídico, pois se inexistentes essa forma de criminalização de tutela prévia, resultaria inviável a proteção do bem jurídico relevante de forma efetiva.

nestes delitos haverá atipicidade da conduta caso se prove a absoluta inocorrência de perigo para o objeto jurídico no caso concreto.

Conforme se demonstrará no presente trabalho científico, a posição doutrinária mais acertada, não é aquela que repudia, nem a que defende cegamente os delitos de perigo abstrato, a nosso ver, a tese mais adequada a um Estado de Direito Democrático é a que também se alia Pierpaolo Cruz Bottini e Ângelo Roberto Iha da Silva, que admite a legitimidade desses crimes, desde que respeitados determinados princípios igualmente constitucionais.

6 LEGITIMIDADE E LIMITES DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

Exposta a problemática acerca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, necessária a análise dos fundamentos e limites da tipificação de condutas que trazem ínsito um perigo e dispensam a ocorrência de um dano efetivo ao bem jurídico.

É mister averiguar se os delitos de perigo abstrato estão em consonância com os ditames da Constituição Federal de 1988 e, com isso, verificar se assiste razão os argumentos da corrente refratária dessa forma de injusto penal.

Adiante, de forma detalhada, irá se confrontar o delito de perigo abstrato com os princípios constitucionais²⁴, que segundo parte da doutrina são tidos por violados quando da utilização dos delitos de perigo abstrato.

Vale ressaltar, desde já, que tais princípios tanto asseguram a liberdade do cidadão, como também, estabelecem limites à intervenção estatal (*ius puniendi*); ora estão explícitos e ora são deduzíveis do texto constitucional de 1988.

6.1 Princípio da Lesividade ou Ofensividade

O Princípio da lesividade, ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos²⁵, também designado pelo brocardo "*nullum crimen sine iniuria*",

²⁴ Os princípios constitucionais devem nortear a produção legislativa ordinária, funcionando como garantias diretas aos cidadãos, bem como funcionam como critérios de interpretação e integração do ordenamento jurídico.

²⁵ Vale ressaltar que existe certo setor doutrinário que entende que o "*princípio da ofensividade* não se confunde com o *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*, segundo o qual não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos; como *ultima ratio*, ao Direito Penal se reserva somente a proteção de bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento da coletividade" (BITENCOURT, 2004, p. 22). Ainda, segundo o citado doutrinador, enquanto no Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos existe uma limitação aos interesses que podem receber proteção do Direito Penal; no Princípio da ofensividade só se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado sofre um ataque efetivo.

funda-se na consideração de que toda incriminação deve ter por escopo a proteção de bens jurídicos contra lesões ou perigo de lesões (PRADO, 2006, p. 137).

Destarte, toda e qualquer intervenção do Estado, no seara penal, só se justifica quando for imprescindível à defesa de interesses essenciais ao ser humano e à comunidade contra agressões intoleráveis que os ofendem ou expõem a perigo.

Por força desse postulado, não é possível: responsabilizar criminalmente pessoa que apenas cogita realizar alguma conduta, visando atingir um objeto jurídico; incriminar meros atos preparatórios; Direito Penal do autor; e, por fim, não é admitida incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

Doutrinadores penalistas, a exemplo de Luiz Flávio Gomes, questionam a legitimidade dos crimes de perigo abstrato por faltar-lhes ofensividade. Todavia, conforme leciona Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 203), há duas formas de superar essa aparente incompatibilidade entre o princípio da lesividade e os tipos de perigo abstrato.

A primeira solução apontada (porém não recomendada²⁶) por ele seria transformar a natureza jurídica dos crimes de perigo abstrato, definindo-os como crime de lesão, ao se reconhecer neles um dano efetivo a bens jurídicos difusos.

A outra alternativa seria rever os contornos do conceito de ofensividade, que ostentaria três níveis: dano; exposição a perigo concreto e potencial de perigo (desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas). Para Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 205), os crimes de perigo abstrato refletiriam um terceiro nível de lesividade e esta deve estar presente no plano legal (por meio de dispositivos taxativos que permitam o reconhecimento dos interesses que visa resguardar) e no plano fático.

Quanto à lesividade no plano fático, dispõe Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 205):

[...] o juiz, ao aplicar a norma, deverá perquirir pela lesividade da conduta diante das circunstâncias concretas que envolvem sua prática. Esta verificação do potencial lesivo do comportamento se faz por um juízo de

²⁶ O próprio Pierpaolo Cruz Bottini aponta ao longo de sua obra a impropriedade dessa proposta, porque, por ela, qualquer tipo penal seria um crime de lesão (lesiona um bem jurídico difuso) e dotado de lesividade.

periculosidade da ação descrita no tipo como de perigo abstrato. Apenas a conduta que ostente periculosidade tem o condão de movimentar o direito penal de forma legítima. As ações ou omissões que não impliquem riscos, ao menos potenciais, de afetação do bem jurídico, não podem interessar ao sistema repressor.

Portanto, a ofensividade impõe também que o tipo penal deve incriminar conduta que seja, no mínimo, apta a vulnerar um bem merecedor de tutela pelo Direito Penal, não pode consistir em uma mera violação de dever. Por isso, deve-se aferir a potencialidade lesiva do comportamento sancionado pela norma penal.

Nesse sentido, arremata Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 99):

Assim, quando for próprio da conduta a vulneração do bem, atendendo-se à experiência, ao bom senso e a uma adequada técnica de tipificação, delimitando-se taxativamente o âmbito do proibido, não se poderá falar em inobservância ao princípio da lesividade.

Por isso, equivocado e superado está o entendimento de que os delitos de perigo abstrato não respeitariam o princípio da lesividade, pois este é respeitado sempre que o tipo penal descreva uma conduta dotada de potencial de perigo ao bem jurídico.

Na tutela do meio ambiente, não é difícil de imaginar as condutas que ostentem periculosidade. São exemplos de casos em que a tutela antecipada por meio dos crimes de perigo abstrato é necessária: aqueles em que um dano efetivo traria resultados catastróficos; quando há risco de irreversibilidade do meio ambiente ao estado anterior; situações em que não é possível medir o perigo imposto em certas circunstâncias; inviabilidade de estabelecer o nexo entre várias ações e um determinado resultado danoso.

Do exposto, a princípio, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da ofensividade quando a tutela do meio ambiente requer essa forma de tutela antecipada, não se permitindo, no entanto, que uma mera violação de dever configure uma infração penal.

6.2 Princípio da Proporcionalidade

Uma das facetas do Princípio da Proporcionalidade²⁷, inspirada nos pensamentos iluministas, é a proibição de excesso, pelo qual a resposta punitiva do Estado (e a conseqüente afetação de bens fundamentais, como a liberdade) deve ser proporcional à gravidade do ataque perpetrado pelo agente ao bem jurídico.

Esse princípio encontra respaldo constitucional, sobretudo em face dos direitos fundamentais, e tem por finalidade limitar o poder do Estado (*ius puniendi*) na esfera individual dos cidadãos.

Sobre referido princípio, explica Luis Luiz (2003, p.184) que a privação e a restrição dos direitos mencionados no artigo 5º da Constituição Federal há de ser proporcional a importância do bem, a gravidade da ofensa e a intensidade de culpabilidade do agente. O princípio em causa está presente na norma penal incriminadora ao fixar *in abstracto*, a medida da pena. E depois se faz presente no momento da aplicação, em que é fundamental, ao lado da intensidade objetiva da ofensa, a maior ou menor culpabilidade com que se houve o agente.

Inicialmente, a ideia de proporção relacionava-se somente às penas, assim como fez Cesare Beccaria, o qual, em sua renomada obra *Dos delitos e das penas*, trata da proporção entre os delitos e as penas, defendendo que deve haver uma proporcionalidade entre o mal acarretado pelo delito e a pena a ser imposta ao infrator. Assim, a reação estatal não pode ultrapassar na qualidade e na quantidade da sanção ao dano ou perigo causado pela infração penal.

Atualmente, esse princípio se faz presente em nosso ordenamento jurídico, na jurisprudência e é tratado de diversas formas pela doutrina, que, muitas vezes, o divide em vários subprincípios, como o Princípio da Proibição de Proteção

²⁷ Há autores que apontam estar esse postulado consagrado implicitamente na Constituição Federal de 1988, mais precisamente, no artigo 5º, incisos XLVI (exigência da individualização da pena); XLVII (proibição de determinadas modalidades de sanções penais), XLII, XLIII, XLIV (admissão de maior rigor para infrações penais graves); e § 2º. A doutrina aponta como origem normativa desse princípio a Magna Carta do Rei João Sem Terra de 1215, nos itens 20 e 21.

Deficiente, segundo o qual não pode o legislador ordinário dar um tratamento ineficaz ou se omitir na proteção de bens fundamentais²⁸.

Não há que se falar em violação do Princípio da Proibição de Proteção Deficiente frente aos delitos de perigos abstrato, até porque, conforme já salientado, os crimes de perigo abstrato ampliam a intervenção penal, sendo um instrumento para implementar esse subprincípio.

Por isso, por ora, o que interessa no presente estudo é o princípio da proporcionalidade como limite ao poder do legislador na edição de leis²⁹, inclusive, na tipificação de condutas delituosas e cominação de penas.

Nesse contexto, a nosso ver, não é feliz a afirmativa de que os delitos de perigo abstrato ferem o princípio da proporcionalidade pelo fato do perigo ser presumido, uma vez que, há casos em que a experiência revela que o perigo é, de fato, inerente à conduta, não havendo uma presunção aleatória e descabida. Aliás, conforme já advertido há doutrinadores que criticam a denominação perigo presumido, pois na verdade o perigo é a *ratio legis*, está inserido na conduta do agente.

Seria sim desproporcional ignorar as condutas perigosas a bens jurídicos penalmente relevantes, seria ignorar uma realidade e uma necessidade de proteção e punição.

Deve se salientar que o princípio da proporcionalidade não é violado pelo simples fato do legislador penal optar pelo tipo de incriminação de perigo abstrato na proteção do meio ambiente. Pois, para atender ao princípio da proporcionalidade e também da lesividade, o delito de perigo abstrato deve apresentar uma precisa descrição na qual a conduta ofenda, ao menos potencialmente, o bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser inerente à conduta, de acordo com as regras de experiência e do bom senso.

²⁸ Explica Gilmar Mendes, no Habeas Corpus nº 104.410 RS, que, na doutrina alemã, “é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. Verifica-se nesse ponto como o princípio da proporcionalidade está intimamente relacionado com os mandados de criminalização (estudados no item 3).

²⁹ São válidas aqui as considerações feitas no item 3 acerca do controle de constitucionalidade da atividade legislativa penal.

Ainda no tocante à proporcionalidade, deve ser observado pelo legislador penal e magistrado que quanto mais próxima à lesão ao bem jurídico, mais intensa deverá ser a sanção penal.

Aliás, para a atuação repressiva do Estado, na atividade legislativa, não ser arbitrária e irracional, os tipos penais de perigo abstrato “devem ser seguidos pela previsão de sanção mais branda do que aquelas previstas para o perigo concreto e para a lesão do bem jurídico protegido” (BOTTINI, 2007, p. 211).

Em relação à proporcionalidade na aplicação concreta da sanção penal pelo magistrado, destaca Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 212) que “em relação aos crimes de perigo abstrato, a periculosidade da conduta e seu potencial ofensivo para os bens protegidos pela norma penal serão o norte da medição da resposta estatal”.

Sobre a proporcionalidade nos crimes ambientais de perigo abstrato, arremata Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 212):

Assim, um crime ambiental de perigo abstrato será mais ou menos penado de acordo com os riscos que apresenta ao meio ambiente e à saúde dos indivíduos, sob uma perspectiva *ex ante*. A proporcionalidade judicial em tais delitos será aplicada, portanto, com base no perigo potencial que a ação representa para o conjunto de bens protegidos.

O Estado deve, portanto, por força desse princípio, adequar a resposta penal frente à conduta do agente delitivo e ponderar entre a incriminação e a tutela do bem jurídico.

Conclui-se assim que o princípio não é maculado pelos crimes de perigo abstrato, mas estes encontram limites nesse importante postulado.

6.3 Princípio da Intervenção Mínima ou da Subsidiariedade

O Princípio da Intervenção Mínima orienta o poder criativo do crime, preconizando que a criminalização de um comportamento somente se legitima, caso

esta constitua meio necessário e indispensável para a proteção de um determinado bem jurídico.

Se outras formas de sanção (como a civil e a administrativa) forem suficientes para tutelar esse bem, a criminalização não é legítima. Por isso, desse princípio decorre o caráter fragmentário³⁰ do Direito Penal, bem como sua natureza subsidiária.

Segundo leciona Luiz Regis Prado: (2006, p. 138)

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*.

No Estado Democrático e Social de Direito, a intervenção penal se legitima pela sua função protetora de bens essenciais à sociedade, porém outros ramos do ordenamento jurídico também tutelam esses bens com regras e princípios próprios mais flexíveis que os penais. As infrações administrativas, por exemplo, se aproximam da responsabilidade objetiva e são menos taxativas.

Assim, devido o caráter fragmentário do Direito Penal, tendo em vista a gravidade da sanção penal, esta deve ser o último recurso lançado pelo legislador, como *ultima ratio* (último remédio), e nunca como *prima ratio* (primeira opção).

Nesse contexto, cabe ao legislador a tarefa de estabelecer quais as situações em que a sanção civil ou administrativa se apresenta eficaz para a proteção do bem jurídico, e quando há necessidade de incriminação das condutas.

Como bem leciona Damásio Evangelista de Jesus (2009, p. 159):

³⁰ Princípio da Fragmentariedade significa que “nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo direito penal, pois este constitui apenas uma parte do ordenamento jurídico. [...] o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade [...]” (NUCCI, 2008, p.46). Isto é, o caráter fragmentário do Direito Penal consiste no fato de que somente podem ser criminalizadas as condutas mais graves praticadas contra bens essenciais.

a sanção penal não pode ser criada por mero capricho. O legislador, considerando as circunstâncias do momento, analisando o dano objetivo, o alarma social, a forma de lesão, a reiteração, a reparabilidade ou irreparabilidade da lesão, a insuficiência da sanção civil, deve estabelecer se um fato determinado precisa ou não ser erigido à categoria de crime.

Por força desse princípio, a interferência do Direito Penal Ambiental há de ser subsidiária, isto é, somente deve intervir quando os outros meios de controle social (indenizações civis ou punições administrativas, por exemplo) não forem aptos, eficazes ou suficientes para a preservação do meio ambiente.

Na hipótese do meio ambiente poder ser protegido de outra maneira menos gravosa, deve-se dispor da opção legislativa penal, inclusive para não banalizar a sanção penal e incorrer na administrativização do Direito Penal, fenômeno este bem frequente na Lei dos Crimes Ambientais, conforme será visto mais adiante.

Observa-se que, muitas vezes, a inobservância desse preceito fundamental, enfraquece a proteção ao bem jurídico, devido o descumprimento pelos destinatários da norma e sua não aplicação pelos órgãos estatais.

Embora não explícito no texto constitucional de 1988, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas da Constituição vigente, tratando-se de um postulado implícito no artigo 5º, *caput*, que trata da inviolabilidade do direito à liberdade, e no artigo 1º, inciso III, que coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A nosso ver, aqui também não prospera o argumento de que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais por violarem o princípio em tela, uma vez que, se a conduta trazer em si lesividade e de outra forma não possa ser suficientemente combatida, não há que se falar em ofensa à intervenção mínima.

Nesse sentido, é o magistério de Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 207):

A criação de tipos de perigo abstrato não macula, necessariamente, o princípio da subsidiariedade, desde que a norma aponte para comportamentos arriscados para bens jurídicos tutelados, que não possam ser inibidos de maneira satisfatória por outros mecanismos de gestão de riscos. Muitas vezes a previsão de medidas reparatórias ou de sanções administrativas é suficiente para inibir condutas e, nestes casos, o recurso a estes instrumentos de restrição da dignidade humana será ilegítimo.

Não se pode negar que a responsabilidade civil, com mecanismos de reparação dos danos materiais e morais³¹, encontra uma série de dificuldades no plano ambiental, tais como: constatação imediata de todos os efeitos da conduta, mensuração do dano, comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado produzido e a inviabilidade da reparação e retorno ao *status quo ante* (irreversibilidade do dano). Ademais, em razão do caráter estritamente patrimonial dessa espécie de responsabilidade, o dever de reparar o dano, muitas vezes, fica a cargo de pessoas jurídicas, sejam aquelas proprietárias das atividades degradadoras, como as seguradoras. Isso, sem dúvida, leva a uma diminuição do grau de diligência por parte dos indivíduos que praticam as condutas perigosas e uma sensação de impunidade.

Por sua vez, a responsabilidade administrativa também encontra obstáculos na tutela do bem jurídico ambiental, sobretudo, na ausência de estrutura do Estado para empreender a fiscalização das atividades perigosas; corrupção de seus agentes; burocratização e a própria natureza das sanções administrativas (advertência; multa simples; multa diária; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra; suspensão parcial ou total de atividades; restritiva de direitos), as quais, muitas vezes, são preferíveis aos agentes à perda ou diminuição do lucro com a atividade.

Ora, deve-se salientar que a maioria das atividades perigosas ao meio ambiente são desempenhadas por empresas de grande poderio econômico e financeiro.

Além disso, tendo em vista a subsidiariedade, a antecipação da tutela penal somente é legítima, se a tutela na forma do perigo concreto e lesão resultem insuficientes. Em outras palavras, o modelo de perigo abstrato deve ser utilizado em hipóteses de real inviabilidade de tipificação da infração na forma de dano e perigo concreto.

³¹ Atualmente, a doutrina e a jurisprudência apontam a possibilidade de danos morais a bens jurídicos metaindividuais, inclusive no campo do Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Fala-se até mesmo em dano moral coletivo (Nesse sentido, STJ no REsp 1221756 RJ).

Há de se reconhecer que a incriminação de certas condutas por meio dos tipos de perigo abstrato é a solução mais eficaz para a proteção do meio ambiente, visto que, muitas vezes, se mostra desarrazoado não antecipar a tutela penal, configurando-as como infração de perigo concreto ou de dano, e esperar que o meio ambiente seja turbado no caso concreto, especialmente nas áreas que se ascendem as novas tecnologias, como a atividade petrolífera, o manejo da energia nuclear e a engenharia genética.

Além disso, acertada a observação de alguns doutrinadores de que o Princípio da Intervenção Mínima é uma via de mão dupla, pois ele implica tanto na descriminalização de condutas que não ofereçam nocividade social, ou até mesmo adoção de um sistema de penas alternativas à pena privativa de liberdade para fatos de menor gravidade e, ao mesmo tempo, significa a criminalização de novas condutas que atingem bens de especial relevância (como é o meio ambiente) e, quando necessário, por meio de tipos de perigo abstrato.

Por tais razões, não se pode, a princípio, afirmar que os delitos de perigo abstrato maculam o princípio em tela pelo simples fato de serem formulados dessa forma.

6.4 Princípio da Culpabilidade

“A culpabilidade é comumente conceituada como o juízo de censura que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente” (GRECO, 2008, p. 117). O Princípio da Culpabilidade é definido como aquele que veda a responsabilidade objetiva (pela simples produção do resultado) no Direito Penal, isto é, ninguém será penalmente punido se não houver agido com dolo ou culpa (*nullum crimen sine culpa*)³².

³² Segundo Luiz Régis Prado (2007, p. 31), o Princípio da Culpabilidade é “postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade- proporcionalidade na culpabilidade [...] A culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena. [...]. A exigência de responsabilidade subjetiva quer dizer

Como bem expõe Luiz Luisi sobre o princípio ora em análise (2003, p. 37):

A nossa ordem jurídica também dá a culpabilidade gabarito constitucional. Basta considerar a texto do inciso XVII, da nossa Carta Magna: 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em Julgado de sentença penal condenatória'. Isto quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõem, seja provada e declarada a culpabilidade de uma agente que seja autor ou participe de um fato típico e antijurídico. Também se deduz a presença da culpabilidade do texto do inciso XLVI, do Código V, da Constituição de 1988, que consagra a individualização da pena.³³

Alguns doutrinadores apontam que o princípio em epígrafe é violado nas tipificações de perigo abstrato, pois o fato de se presumir um perigo ao interesse penalmente tutelado significa também se presumir a culpabilidade. Porém, não deve esse entendimento prosperar.

Conforme demonstra Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 27), na verdade, não há presunção alguma de culpabilidade, uma vez que o perigo (assim como o dano) pertence ao âmbito da conduta típica e ilícita, momento anterior à análise da culpabilidade que, pela concepção normativa pura ou finalista, é composta pela imputabilidade; potencial conhecimento do ilícito e exigibilidade de conduta diversa.

Cumpra aqui transcrever o entendimento do ilustre doutrinador Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 27):

De modo que, ainda que se trate de crime de perigo presumido, a culpabilidade terá de ser caso a caso examinada. Não se presume a culpabilidade, o que se presume é o **perigo** para o bem jurídico que se refere à afetação do bem a partir de uma conduta. Só então será avaliada a culpabilidade, que nada mais é do que a consideração, a apreciação da reprovabilidade do fato lesivo (danoso ou perigoso).

que, em havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra, na verdade, o tipo de injusto e não a culpabilidade". Assim, há impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma conduta quem tenha atuado sem dolo ou culpa (não há delito ou pena sem dolo ou culpa- arts. 18 e 19, Código Penal).

³³ Este princípio também está expresso no Código Penal em seu artigo 18.

De similar entendimento se filia José Cerezo Mir (2006, p. 486), o qual afirma que não há nos delitos de perigo abstrato uma infração ao Princípio da Culpabilidade, como defende Roxin e um setor da moderna Ciência do Direito Penal Alemão. Ao ser a culpabilidade a reprovabilidade pessoal da conduta antijurídica, só se daria uma infração indireta do princípio da culpabilidade se da conduta realizada não se puder verificar um conteúdo material de injusto.

Portanto, não se presume a culpabilidade, presume-se a periculosidade do comportamento (não do agente). E, no caso concreto, deve se analisar tanto a conduta, tipicidade, resultado, nexos de causalidade, ilicitude e, por fim, a constatação da culpabilidade, independentemente da espécie de crime.

Ressalta-se, como acima afirmado, nas infrações de perigo abstrato há uma presunção de perigosidade da conduta perpetrada pelo agente e não uma presunção de culpa do agente, o que por tabela torna inconsistente o argumento de que os delitos de perigo abstrato maculam o princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade.

6.5 Considerações Finais acerca da Legitimidade

De todo o exposto, conclui-se que os princípios penais constitucionais analisados, concomitantemente, legitimam os delitos de perigo abstrato (ampliando a tutela penal) e impõem limites ao poder repressivo do Estado.

Na análise abstrata da legitimidade, verificou-se que o modelo incriminador de perigo abstrato não ofende os princípios da proporcionalidade, culpabilidade, intervenção mínima e da exclusiva proteção de bens jurídicos. Porém, os tipos penais de perigo abstrato, assim como todas as espécies de infrações penais, podem ser objeto de controle de constitucionalidade por macularem os princípios acima expostos.

Na verdade, os crimes de perigo abstrato impõem uma releitura dos princípios conforme acima exposto. Aliás, na tipologia dos crimes ambientais, a

reinterpretação deve ser feita não só frente aos princípios, mas também sobre a maioria dos institutos do sistema penal, como o conceito de conduta e de resultado, o nexo de causalidade, o conteúdo do dolo, da ilicitude, da culpabilidade, e até mesmo da determinação do sujeito ativo, como ocorre na responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Os institutos e princípios devem ser construídos e interpretados de acordo com a própria finalidade do Direito Penal, por isso, o legislador penal não pode ficar engessado em paradigmas individualistas, próprios do pensamento liberal-iluminista, principalmente para efetivar os mandados constitucionais de penalização. Não se pode ignorar que a própria concepção de Estado e de criminalidade mudou e o Direito também deve acompanhar essa evolução e enfrentar esses problemas técnico-jurídicos.

7 ANÁLISE CRÍTICA DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS

7.1 Considerações Iniciais

A Constituição da República de 1988, no artigo 225, inovou³⁴ e, pela primeira vez na história constitucional nacional, trata expressamente do meio ambiente como bem difuso e essencial aos seres humanos.

Em seguida, o legislador infraconstitucional, em consonância ao comando constitucional estabelecido no parágrafo 3º do referido artigo, promoveu a Lei nº 9.605, sancionada em 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

É oportuno salientar que, no período anterior à Carta Magna de 1988, a legislação ordinária brasileira criminalizava fatos ofensivos ao meio ambiente, porém era bastante caótica, com imperfeições técnicas e, muitas vezes, não observava os princípios penais, como o da proporcionalidade por conter sanções bastante severas.

A Lei nº 9.605/98, apesar de receber a denominação de Lei dos Crimes Ambientais, é um instrumento normativo híbrido, uma vez que estabelece e sistematiza as infrações penais, administrativas e civis relativas ao meio ambiente, além de abordar aspectos da cooperação internacional para a preservação do meio ambiente.

Sob a perspectiva de alguns estudiosos do Direito Ambiental, “apesar de alguns senões apontados, houve inegável avanço no ordenamento jurídico

³⁴ As Constituições brasileiras que precederam à Carta de 1988 não se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica, elas nem mesmo usaram a expressão *meio ambiente*, revelando assim a total despreocupação do constituinte. Em relação ao meio ambiente, o legislador constitucional anterior de 1988 tratou tão somente de alguns de seus elementos integrantes (água, florestas, minérios, caça, pesca), ou então, disciplinou matérias com ele relacionadas indiretamente (saúde, propriedade, mortandade infantil). (MILARÉ, 2007, p. 146)

ambiental com o tratamento agora mais sistêmico da tutela penal, por força da Lei 9.605/1998” (MILARÉ, 2007, p. 956).

Destacam eles a inclusão de ilícitos administrativos e de tipos penais culposos, a adoção de sanções administrativas restritivas de direito, a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, o reordenamento para a realidade concreta, isto é, não se volta para casuísmos.

Destarte, há quem acredite que a lei em evidência representa um avanço na proteção do meio ambiente, além de ter unificado a maioria das infrações penais ambientais em um só corpo de texto.

A nosso ver, a Lei nº 9.605/98 pode ter representado, à época de sua edição, uma inovação positiva no tratamento político-jurídico do meio ambiente, tendo em vista a legislação bastante inadequada vigente naquele momento, em descompasso com a Constituição de 1988.

No entanto, toda a legislação ambiental infraconstitucional é alvo de várias críticas pelos estudiosos e operadores do direito pela sua carência de homogeneidade e racionalização.

É posição quase unânime na doutrina penal contemporânea que a Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente de 1998 é um dos piores textos legais que já foram editados.

Segundo o ilustre jurista e professor Miguel Reale Júnior apud Luiz Luisi (2003, p. 96):

A Lei n 9.605, é uma das mais desastradas, dentre muitas editadas na desvairada e irresponsável criminalização ocorrida no Brasil, nestes últimos anos. E, violenta os princípios básicos do direito penal de um Estado democrático, como o da legalidade e o da intervenção mínima. Acrescenta a nossa já 'opulenta' tipologia penal numerosos delitos de bagatela. Consagra a responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma tecnicamente anárquica. A rigor, um autentico festival de heresias jurídicas

Salienta Miguel Reale Júnior, no seu artigo datado de 06 de abril de 1998:

A defesa imprescindível do meio ambiente não autoriza que se elabore e que o Congresso aprove lei penal ditatorial, seja por transformar comportamentos irrelevantes em crime, alçando, por exemplo, à condição de delito o dano culposos, seja fazendo descrição ininteligível de condutas, seja considerando crime infrações nitidamente de caráter apenas administrativo, o que gera a mais profunda insegurança.

Ainda, vale transcrever o que dispõe sobre essa lei Luiz Regis Prado (2005, p. 321):

[...] trata-se de uma lei caracterizada pelo desprimor vernacular, pela inobservância das regras basilares de técnica legislativa e pela constante transgressão dos princípios penais fundamentais. Em suma, constitui-se num verdadeiro vitupério ao bom senso. A seu respeito, pode-se parafrasear, sem nenhum temor, a célebre afirmação ínsita na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 (sobre o Código Penal de 1890): *Com a atual Lei dos Crimes Ambientais nasceu a tendência (e a necessidade urgente) de reformá-la [...]*.

De fato, a lei em comento, por seus erros grosseiros, emprego de conceitos amplos e indeterminados, conteúdos absurdos e ausência de técnica legislativa³⁵, revela a ausência de bom senso por parte do legislador³⁶ e gera, por vezes, a indeterminação das descrições típicas. Por consequência, a lei também dificulta o próprio juízo de tipicidade, comprometendo a sua própria aplicabilidade.

Observa-se que dos 61 (sessenta e um) tipos penais previstos na lei em causa, 32 (trinta e dois) são tidos pela doutrina como delitos de bagatela, fadados à prescrição.

Em uma análise mais aprofundada, conforme se fará mais adiante, a lei ambiental em referência se mostra por demais farta em incriminações e na utilização de delitos de perigo abstrato de forma aleatória e infundada.

Ao que parece, o legislador, na ânsia de proteger o ambiente, acaba, diversas vezes, por desprotegê-lo, desacreditando e depreciando o próprio ordenamento jurídico vigente.

³⁵ Nota-se na lei em causa o uso frequente pelo legislador de elementos normativos e normas penais em branco (artigos 34, 38, 40, 45, 60), bem como, referência excessiva a disciplina administrativa (permissão, licença ou autorização da autoridade competente).

³⁶ Alguns desses vícios, sem dúvida, são produtos da pressão de diversos interessados que desempenhou importante papel nos vetos presidenciais dados a Lei dos Crimes Ambientais.

Desde já, vale ressaltar o caráter altamente criminalizador da Lei nº 9.605 que equipara à categoria de crime comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras contravenções penais ou infrações administrativas, em dissonância com os princípios da insignificância e intervenção mínima (como ocorre nos artigos, 32, 33, III, 34, 42, 44, 49, 52, 55, 60).

Vale destacar que essa criação excessiva de delitos ambientais acaba por esvaziar a força intimidadora do Direito Penal, desvalorizando-se a própria lei e, no caso das leis penais, depreciam a sua eficácia preventiva geral.

Por isso, serão analisados a seguir alguns dispositivos da Lei 9.605/98, mormente para verificar se os delitos de perigo abstrato foram utilizados pelo legislador de forma adequada aos postulados constitucionais já expostos exaustivamente no presente trabalho.

Até porque, a Lei 9.605/98, em seu capítulo V (dos crimes contra o meio ambiente), consagrou os delitos de perigo abstrato, pois a maioria dos seus tipos penais é instituída como delitos de perigo, sobretudo de perigo abstrato.

7.2 Dos Crimes contra a Fauna

Nas infrações penais contra a fauna³⁷ da Lei nº 9.605/98, vislumbra-se que o legislador utilizou, predominantemente, a formulação em perigo abstrato.

Destaca Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 872) que todos os delitos contra a fauna são de perigo abstrato:

[...] a probabilidade de dano ao meio ambiente é presumida no tipo. Embora, exista a forma matar, prevista no art. 29, é fundamental considerar que eliminar um animal pode não colocar em risco a preservação da fauna. Por isso, o foco principal é a probabilidade de isto vir a ocorrer se a matança for generalizada. Pune-se a conduta isolada como método para impedir um mal maior ao meio ambiente

³⁷ Conceitua-se fauna como o conjunto de animais próprios de um país ou região.

Parece-nos que essa ideia não deve prosperar, caso contrário o delito de furto, tipificado no artigo 155, do Código Penal, também seria considerado de perigo abstrato em determinadas situações em que a lei presumiria o perigo ao patrimônio do ofendido. No caso, por exemplo, de subtrair quinhentos reais em dinheiro de um multimilionário, o furto seria de perigo abstrato, pois a referida quantia não afetaria seu patrimônio. Nessa linha defendida por Nucci, sempre deveria ponderar se subtrair certa quantia em dinheiro de uma pessoa pode ou não colocar em risco seu patrimônio.

Superada esta questão, serão a seguir analisados os tipos penais que tutelam a fauna.

7.2.1 Fauna terrestre

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena- detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Conforme a doutrina majoritária, o tipo penal de ação múltipla descrito no artigo 29, *caput*, não exige, em todas as hipóteses, a ocorrência de dano ao meio ambiente, pois apenas a modalidade matar é crime de dano, uma vez que com a morte do animal, há dano efetivo ao meio ambiente.

Enquanto que na modalidade perseguir, o delito é de perigo abstrato, isto é, se presume que ir ao encalço de um animal é uma conduta perigosa ao meio ambiente. Da mesma forma, caçar, apanhar e utilizar também são de perigo abstrato.

Esse dispositivo é alvo de severas críticas pela doutrina pátria, pois, no parágrafo 3º desse artigo, está estabelecido que são espécimes³⁸ da fauna silvestre “todos aqueles pertencentes às espécimes nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham, no todo ou em parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras”³⁹. Logo, se são animais silvestres quaisquer que existem no país, vale dizer que apanhar, utilizar ou apenas perseguir uma capivara constitui infração penal, se não autorizado.

Além disso, segundo bem observa Passos de Freitas (2001, p. 76) estão também protegidos pela norma os insetos, entre eles as borboletas, grilos, cigarras, abelhas, por serem considerados animais.

Quanto à utilização da forma de perigo abstrato nas modalidades de perseguir, apanhar e utilizar, equivocou-se o legislador ao vislumbrar nessas condutas um perigo ínsito ao meio ambiente. Nesses casos, a nosso ver, a presunção do perigo é arbitrária e desvestida de bom senso. Por exemplo: a modalidade delitiva apanhar estaria configurada quando alguém retira um pequeno pássaro do seu ninho, não há inerente nessa conduta um perigo ao bem jurídico. Além disso, muitas vezes, a intenção da pessoa não é de lesionar o animal, mas, por exemplo, de protegê-lo, contudo o tipo subjetivo⁴⁰ é composto apenas pelo dolo, isto é, não se exige um especial fim de agir.

Destarte, tal dispositivo fere o princípio constitucional da lesividade, pois desprovidas de perigo as condutas de perseguir ou apanhar um animal. Tipificação mais adequada seria, além de se exigir um especial fim de agir, a adoção

³⁸ Espécime é o ser representativo de sua espécie. A utilização desta palavra no plural, no artigo 29, acarretou críticas, porque dá a entender que a lesão a um único exemplar da fauna silvestre não configura o delito.

³⁹ Outra impropriedade deste dispositivo é que os animais exóticos não estão protegidos pela norma jurídica, pois o artigo 29, § 3º, refere-se apenas às espécies nativas, que são os naturais do Brasil, e às migratórias, como as aves e os cetáceos que atravessam as fronteiras. Assim, por exemplo, a lei protege a capivara que transita entre o território brasileiro e paraguaio, mas não inclui espécime totalmente estranho a nossa fauna, como o canguru. Como bem observa a doutrina, a lei teve por escopo somente a tutela da fauna visível, não tratou da fauna invisível, como bactérias e vírus.

⁴⁰ Sobre o tipo subjetivo dos delitos de perigo, cumpre ressaltar que há na doutrina aqueles que se referem ao dolo de dano que é a vontade de causar lesão a um bem jurídico tutelado. E dolo de perigo que significa a vontade de vivenciar uma situação de risco intolerável e juridicamente vedada. “No dolo de perigo, a vontade consciente se dirige só a um resultado de perigo. O agente quer apenas pôr em perigo um bem jurídico penalmente tutelado” (BRUNO, 1967, p. 78).

do delito de perigo concreto, na qual a conduta deveria concretamente colocar o meio ambiente em perigo.

Essas modalidades delitivas colocam em cheque até mesmo o princípio da intervenção mínima, pois a incriminação dessas condutas como delitos de perigo abstrato seria dispensável na proteção do bem ambiental.

Em relação à modalidade caçar, a utilização da fórmula de perigo abstrato foi de certa forma acertada, já que quem caça está à procura de animais com o provável objetivo de matá-los ou de aprisioná-los vivos, tanto é que, na maioria das vezes, valem-se de instrumentos letais, armas de fogo, arco e flecha, redes ou outros instrumentos próprios. Nessa situação, a conduta é sim perigosa em seu ínsito, expondo a perigo o meio ambiente.

O legislador também faltou com proporcionalidade, visto que as condutas de assassinar, ceifar a vida de um animal; seguir de perto, importunar; caçar; apanhar, levantar do chão, alcançar e fazer uso do animal, são apenas da mesma forma. Ou seja, quem ceifa a vida de um animal será punido com a mesma sanção de quem apenas o persegue ou quem o retira do seu ninho ou, ainda, quem o utiliza em propaganda comercial, circos e espetáculos.

Conforme já salientado, a proporcionalidade impõe que os delitos de perigo abstrato sejam apenados de forma diversa aos de dano, porque o perigo de dano é menos lesivo que o dano em si.

Outro ponto questionado é o Princípio da Insignificância⁴¹, segundo o qual as condutas que afetam infimamente um bem jurídico penal devem ser tidas como materialmente atípicas. Cuida-se de excludente supra legal da tipicidade, aplicável também no contexto dos delitos ambientais.

Entretanto, como bem advertem Renato Marcão (2013, p. 38), Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (2001, p. 44), bem como, Édis Milaré (2007, p. 942), tal princípio deve ser aplicado com parcimônia no campo do Direito

⁴¹ Nos dizeres de Vico Mañas apud Édis Milaré (2007, p. 940), “o princípio da insignificância pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal”.

Ambiental Penal⁴², cabendo ao operador do direito investigar no caso concreto se a conduta não teve influência no ecossistema local ou na cadeia alimentar⁴³.

À luz desse princípio, matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar animal de importância mínima para o ecossistema, como uma borboleta ou um filhote de pássaro que caiu do ninho, apesar das condutas, do ponto de vista formal, se adequarem ao tipo legal, são condutas de pouco significado lesivo ao meio ambiente.

Neste sentido, os tribunais⁴⁴ vêm reconhecendo a aplicação do referido princípio em tais modalidades delitivas:

EMENTA: PENAL. CRIME CONTRA A FAUNA CAÇA. ANIMAIS SILVESTRES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

1. O princípio da insignificância tem aplicação em casos onde o prejuízo ao bem juridicamente tutelado é tão ínfimo que se torna insignificante.
2. A Lei 5.197/67, com a redação dada pela Lei 7.653/88 objetiva a punição daqueles que de uma forma ou outra causem dano à fauna silvestre.
3. Os recorrentes são homens rudes, semi-analfabetos, vivem no meio rural em intimidade com a caça de uso habitual e não com a conduta predatória criminosa que deve ser punida.
4. Apelação provida. (TRF 4, 2ª Turma, AC 0432066-0/95/PR, Relatora Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJ 27-03-96, pág. 019296).

EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE BAGATELA. EXCLUSÃO DA TIPICIDADE.

⁴² Salienta Renato Marcão (2013, p. 35-40) que “ainda nos tempos atuais parte considerável da jurisprudência nacional tem se posicionado de maneira contrária à aplicação do princípio da insignificância em matéria penal”. No âmbito do Direito Penal Ambiental, a inadmissibilidade se dá em razão da natureza do bem jurídico tutelado e “impossibilidade de se avaliar a real extensão do dano causado no ecossistema pela conduta do agente”. Cita, nesse sentido, o julgado do TRF, 4ª R., ApCrim 2004.71.01.001970-2, 7ª T., rel. Des. Tadaaqui Hirose, DJU de 29-11-2006. No entanto, prevalece na jurisprudência a aceitação de incidência desse princípio em matéria penal (STF, HC 84.424 SP, 1ª T., rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 7-12-2004 e STF, HC 84.412-0 SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 19-10-2004, DJU de 19-11-2004, RT 834/477), inclusive ambiental.

⁴³ Ainda neste sentido, “o reconhecimento do princípio da insignificância deverá ser reservado para hipóteses excepcionais, principalmente pelo fato de que as penas previstas na Lei 9.605/98 são leves e admitem transação ou suspensão condicional do processo” (FREITAS, 2001, p. 45).

⁴⁴ Durante o estudo para a elaboração do presente trabalho, também se constatou a parca jurisprudência sobre os delitos tipificados pela Lei 9.605/98, pois a maioria absoluta dos casos se resolve por transação ou suspensão condicional do processo, benefícios da Lei 9.099/95, artigos 76 e 89. Isto significa que dificilmente se terá julgamento de mérito em sentença ou acórdão pela Lei 9.605/98. Por esta razão, muitos dos precedentes citados originam-se de ações penais fundamentadas na Lei 5.197/67.

O fato de o denunciado ter abatido uma ave, que não está ameaçada de extinção (bem-te-vi), apresenta-se como indiferente para o direito penal. Aplicável o princípio da insignificância, por se tratar de crime de bagatela, devendo ser excluída a tipicidade. (TRF 4ª R., Ação Penal 93.04.283399-0/PR, 1ª Seção, Rel. Juiz Vilson Darós, j. 09.08.1995)

EMENTA: PENAL. CRIME DA FAUNA. CAÇA DE ESPÉCIMES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. Agente não contumaz na prática de apanha de pássaros.
2. A posse de apenas 03 (três) aves, não causa dano considerável ao meio ambiente, à sociedade e tampouco ofende ao ordenamento jurídico.
3. Recurso provido para absolver o réu. (TRF 3, 1ª Turma, ACR 03035869-8, Relator Juiz Roberto Haddad, DJ 18.06.96, pág. 041733).

Ainda, na mesma linha de raciocínio decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A apanha de apenas quatro minhocuçus não desloca a competência para a Justiça Federal, pois não constitui crime contra a fauna, previsto na Lei 5.197/67, em face da aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a conduta não tem força para atingir o bem jurídico tutelado (CC 20.312-MG, 3ª Seção, rel. Fernando Gonçalves, j. 01.07.1999, v.u., DJ 23.08.1999)

Portanto, na aplicação desse princípio, há necessidade de o julgador, no caso concreto, realizar um juízo de ponderação entre o dano causado pela conduta do agente e a sanção penal que lhe será conferida. Assim, se for o caso, haverá ilegitimidade da intervenção do Estado por meio do processo penal.

O artigo 29 também tipifica as seguintes condutas:

§ 1º. Incorre nas mesmas penas:

I- quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II- quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;

III- quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Essas condutas não constituem a caça propriamente dita, mas afetam a fauna. O dispositivo protege a fauna de forma direta, bem como objetos imprescindíveis para a sua proteção e desenvolvimento, como o ninho, que constitui o lugar onde as aves põem os seus ovos e criam seus filhotes, ou o local onde se recolhem e dormem os animais; os abrigos, lugares de moradia ou habitação permanente; criadouros naturais, que são os espaços onde se situam os viveiros em que algumas espécies crescem.

Nota-se que no inciso I, a lei pune aquele que impede a procriação da fauna, sem permissão da autoridade administrativa ou em desacordo com ela. A conduta delitiva impedir significa impossibilitar, dificultar, obstar, interromper a procriação da fauna. O delito se consuma com a lesão ao bem jurídico tutelado, quando se impede a procriação da fauna. Por esta razão, trata-se de delito de dano.

O inciso II tutela o local de abrigo da fauna, punindo a sua modificação, danificação e destruição. No caso em testilha, a lei pressupõe que tais condutas são perigosas ao meio ambiente e, por esta razão, optou pela infração penal de delito abstrato. Nesse ponto, o legislador agiu corretamente.

A modificação deve ser reprimida, pois, frequentemente, o espécime abandona seu ninho, ao constatar que este fora tocado. O dano ou a destruição (danificação total) igualmente são condenáveis, porque extirpa do animal o seu abrigo e, diversas vezes, o leva à morte por ficar desprotegido de seus predadores naturais e da própria natureza (frio, calor, umidade etc).

A mercancia de espécimes da fauna silvestre (tráfico de animais), provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, é tratada no inciso III, em diversas modalidades de conduta (vender, expor à venda, exportar, adquirir, guardar, ter em cativeiro ou depósito, utilizar ou transportar).

A norma penal visa coibir qualquer tipo de justificativa para o comércio de animais, um dos atos mais condenáveis contra a fauna, uma vez que, lamentavelmente, a maioria dos animais acaba morrendo nas mãos dos infratores. Ademais, é sabido que o tráfico ilegal de animais movimentava bilhões de dólares no mundo e acelera o extermínio de várias espécies.

O objeto material da conduta do agente pode ser ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos.

Houve a opção acertada pelo delito de perigo abstrato, porque a conduta traz ínsito um perigo ao meio ambiente, já que a destruição do ovo significa o fim de um ser vivo em formação. Há animais que, notando que o homem tocou em seus ovos, abandona-os à própria sorte, como é o caso da ema. De tal modo, é evidente a importância da preservação da fauna em todas as suas etapas de vida, não sendo de bom senso, aguardar a lesão efetiva ao meio ambiente para a intervenção penal.

Os produtos oriundos da fauna, como vestimentas produzidas com o couro, penas, peles do animal e objetos, como um quadro com borboletas raras mortas também são protegidos pela lei.

Cumprido ressaltar que, a essas condutas, o legislador afixou a mesma pena atribuída à caçada de animais (seis meses a um ano de detenção e multa), tipificada no *caput*. Trata-se de erro grosseiro da lei penal ambiental, ao equiparar essas condutas a um mesmo patamar de resposta penal.

Outro delito que tutela a fauna como perigo abstrato é o artigo 30:

Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente:

Pena- reclusão, de um a três anos, e multa.

Essa norma penal é repetição do artigo 18 da Lei 5.197/67 (revogado pela Lei nº 9.605/98) com o acréscimo da expressão “sem a autorização da autoridade ambiental competente”, e é por demais casuística. Visa evitar o interesse no lucro fácil com a exportação de peles e couros apenas de anfíbios (sapos, rãs e salamandras) e répteis (tartaruga, lagarto, jacaré, cobra, entre outros), no intuito de impedir a dizimação deles.

Veja que a exportação de peles e couros não em bruto, isto é, tratados ou beneficiados, não está abrangida por este tipo penal.

É flagrante a transgressão ao princípio da proporcionalidade entre a pena cominada ao delito e a exposição de lesão ao bem jurídico, pois se o agente exporta couros e peles de anfíbios e répteis em bruto sem autorização, estará sujeito à pena de reclusão, de um a três anos, e multa. Contudo, se exporta produtos e objetos oriundos daqueles, como bolsas feitas com couro de cobra sem licença, permissão ou autorização para tal, a pena cominada é de detenção, de seis meses a um ano, e multa (artigo 29, § 1º, inciso III).

Por sua vez, o artigo 31 da Lei 9.605/98 criminaliza “a introdução de espécime animal no país, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente” é apenada com “detenção, de três meses a um ano, e multa”⁴⁵. Cuida-se de crime de perigo abstrato, uma vez que a lei presume o perigo ao meio ambiente da conduta de importar ou introduzir espécime animal no território nacional sem parecer técnico favorável e licença da autoridade competente. Ora, a simples entrada do animal no país não lesiona o meio ambiente.

Nesse caso, nos parece conveniente a presunção de perigo ao meio ambiente, pois existem animais que, de fato, exigem um rígido controle da migração de um ecossistema para outro, caso contrário o dano ambiental se mostrará evidente, com o desequilíbrio na cadeia alimentar, por exemplo.

Assim, a proteção à fauna nacional ameaçada pelo ingresso de espécimes sem controle oficial é necessária, pois com a importação irregular traz sérios riscos. Exemplificando: caso o animal exótico não tiver predador no Brasil, haverá uma disseminação exagerada ou, se ele for um predador voraz, poderá exterminar espécimes já existentes no país.

Além disso, o exame técnico exigido poderá constatar se o animal importado foi transportado regularmente e se foi obtido legalmente, segundo a legislação de seu país, prevenindo-se, ao mesmo tempo, o tráfico de animais.

Todavia, apesar do perigo que a referida conduta pode representar ao meio ambiente e a necessidade de controlar a importação de animais, aqui se questiona se, de fato, é necessária a sua criminalização. Parece-nos ser dispensável a incriminação desse comportamento perigoso.

⁴⁵ Esta conduta era, anteriormente, criminalizada no artigo 27, § 1º, da Lei 5.197/67, revogado pela Lei 9.605/98.

Deste entendimento, compartilha Luiz Regis Prado (2005, p. 246):

É interessante ressaltar que, embora esses animais possam provocar danos à fauna brasileira, essa conduta não deveria passar de uma infração administrativa. A ausência de preparo qualificativo ou de recursos financeiros na esfera administrativa não deve ser justificativa para transferir sua tutela para a esfera penal. O emprego 'excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica e negativa.

Classifica Renato Marcão (2013, p. 80) o artigo 32, *caput* e parágrafos, em crimes ambientais de perigo abstrato, porém, a nosso ver, nos núcleos típicos ferir e mutilar são de lesão, pois para caracterização da conduta criminosa nesses casos é necessário o dano à incolumidade dos animais.

Praticar ato de abuso, maus-tratos⁴⁶, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos⁴⁷:

Pena- detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

O artigo 32 da lei em análise, que tipifica uma série de condutas, dentre elas a de maus tratos a animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, comina uma pena de três meses a um ano de detenção e multa. Enquanto, o Código Penal, no artigo 136, estabelece para o delito de maus-tratos de pessoa humana uma pena de dois meses a um ano.

⁴⁶ Parcela da doutrina, como Nucci (2008, p. 878) e Regis Prado (2005, p. 249), defende que as modalidades *praticar ato de abuso* e *maus tratos* do artigo 32 ferem o princípio da taxatividade.

⁴⁷ Estão abrangidos pelo artigo 32 da Lei 9.605/98 os atos praticados ainda que com caráter folclórico ou histórico, como a "farra do boi" e devem ser punidos não só quem os pratica, mas também aqueles que participam (incentivam, instigam ou auxiliam) de qualquer forma. Também, caracteriza a referida infração penal a utilização de instrumentos nos animais, quando da realização de rodeios ou vaquejadas; atividades que fizerem os animais enfrentar-se em luta ou disputa, como as brigas de galo.

Destarte, causar sofrimento indevido e desnecessário a animal é mais severamente apenado que os maus-tratos a um ser humano, uma vez que a pena mínima deste delito é inferior ao mínimo legal previsto na tutela dos animais.

Há, assim, evidente inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade.

7.2.2 Fauna aquática

O artigo 33, *caput*, é crime de dano à fauna aquática, já o parágrafo único, incisos I, II e III, é de perigo abstrato.

Art. 33. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras:

Pena- detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas:

I- quem causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aqüicultura de domínio público;

II- quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente;

III- quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica.

Logo, quando o agente provoca o perecimento de espécimes da fauna ictiológica pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais⁴⁸, ele lesa o meio ambiente. Nas demais modalidades típicas, a lei supõe serem perigosas à fauna aquática.

⁴⁸ Observa-se a necessidade de realização de perícia nos animais mortos a fim de demonstrar o liame de causalidade entre a emissão de efluentes ou carreamento de materiais e o perecimento daqueles.

Em seguida, a atual lei ambiental, nos artigos 34 e 35, tipifica condutas relacionadas à pesca, que equivale ao ato, arte ou prática de pescar. Pescar, por sua vez, significa apanhar na água (peixe ou crustáceos, etc.)⁴⁹.

Para fins penais, entretanto, o artigo 36 da Lei 9.605/98 conceitua pesca como sendo “todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios (tais como algas e cogumelos), suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora”⁵⁰.

Ao contrário do que se pode extrair da interpretação literal do referido dispositivo, a melhor interpretação da expressão “tendente” não corresponde à criminalização de meros atos de cogitação ou preparação do delito, até porque isso é inadmissível no Direito Penal Moderno.

Caso contrário, o delito se aperfeiçoaria com a mera cogitação de pescar em período defeso, por exemplo. Ainda, se for adotada a interpretação literal, condutas como apanhar petrechos com a intenção de dirigir-se a um rio ou confeccionar redes com o objetivo de pescar, em período defeso, seriam tidas como típicas e, desta forma, a preparação também configuraria ato executório do crime.

Não se pode antecipar dessa forma a tutela penal, pois essas condutas nem mesmo representam um perigo ao meio ambiente. O mais adequado, portanto, é verificar, por meio de uma interpretação teleológica, que a vontade do legislador se limitou a ampliar o conceito legal de pesca, não se restringindo esta à captura de peixes, mas também abarca a captura de crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios.

Filiam-se ao entendimento de que, para fins penais, pescar pressupõe a captura de algum espécime (crime material): Renato Marcão (2013, p. 112), Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 883), Luís Paulo Sirvinskas (2002, p. 144) e Luiz Regis Prado (2005, p. 263).

⁴⁹ Conforme Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 6ª edição.

⁵⁰ Nota-se que a parte final do artigo 36 da Lei 9.605 não ampara as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora. Logo, não se considera pesca o ato de capturar uma espécie ameaçada de extinção. O que gera uma grande incongruência no ordenamento jurídico, pois tornou atípica a pesca de espécies ameaçadas de extinção, enquanto tornou típica a pesca de espécies que devam ser preservadas.

Há de se salientar que existem defensores da efetividade da expressão “ato tendente” e consideram suficiente para a consumação do delito o início da execução, sem necessidade de efetiva captura de algum peixe, crustáceo ou molusco. Deste modo, a simples conduta de lançar uma rede em um rio sem, contudo, capturar alguma espécie, já configura a infração penal, porque foi praticado um ato tendente à captura da fauna aquática protegida pelo tipo penal⁵¹.

Feitas tais considerações, importante analisar o tipo penal de pesca do artigo 34:

Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena- detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

I- pesca espécies que devam ser observadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

II- pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante utilização de aparelhos, apetrechos, técnicas e métodos não permitidos;

III- transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha⁵² e pesca proibidas.⁵³

Com efeito, no *caput* do artigo em evidência, a lei presume que todo ato de retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, em período defeso ou em locais interditados por órgão competente, traz ínsito um perigo ao meio ambiente, isto é, trata-se de infração penal de perigo abstrato.

⁵¹ Em resumo, esta corrente defende que os delitos de pesca são crimes formais ou de consumação antecipada. Nesse sentido: TJSP, ApCrim 1.030.854.3/4, 9ª C. B da SCrim, rel. Des. Flávio Fenoglio Guimarães, j. em 27-8-2007, v.u. TRF, 4ª R., ApCrim 2005.72.00.004759-8/SC, 8ª T, rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 12-9-2007, de 21-9-2007.

⁵² O legislador foi redundante, pois o conceito de pesca abrange a coleta e a apanha.

⁵³ O tipo penal inculcado neste artigo faz parte das normas penais em branco, pois “ele não se concretiza a não ser com a adição de normas administrativas. Os órgãos públicos ambientais federais e estaduais é que vão definir qual o período em que a pesca é proibida, os lugares de pesca interdita, as espécies que devem ser preservadas, os tamanhos mínimos dos espécimes a serem pescados, a quantidade de pesca permitida e os aparelhos, petrechos, técnicas e métodos proibidos.” (MACHADO, 2008, p.802). Ou seja, é a autoridade administrativa que estabelecerá o que é vedado. Dentro deste contexto há quem diga que o legislador se utilizou excessivamente de normas penais em branco nos crimes ambientais da Lei 9.605/98, o que contraria o princípio constitucional da legalidade, em específico, o da taxatividade. Além disso, a existência abusiva deste instituto causa insegurança jurídica e dificuldade no conhecimento das proibições impostas.

É válida a finalidade da norma penal de garantir a reprodução das espécies aquáticas, garantindo equilíbrio ecológico, como no caso da proibição da pesca no período que coincide com a desova de algumas espécies, denominada piracema. No entanto, a piracema não coincide com a reprodução de todos os peixes, pois nem todos se reproduzem no mesmo período.

É importante proteger o período de reprodução, as áreas onde esta ocorre, como locais de criadouros naturais, e impedir a pesca em locais poluídos, zelando pela saúde dos consumidores e dos próprios pescadores.

Assim como a conduta descrita no *caput*, o inciso I do parágrafo único do artigo 34, que trata da pesca de espécies que devem ser preservadas e pesca de espécimes com tamanhos inferiores ao permitido, é delito de perigo abstrato.

Em relação aos tamanhos inferiores ao permitido e as espécies que devem ser preservadas, a proteção penal antecipada tem o escopo de garantir que as espécimes possam se desenvolver e reproduzir naturalmente, no entanto, principalmente a conduta de pescar espécimes com tamanho inferior ao permitido, não tem a periculosidade necessária para autorizar a intervenção antecipada do Direito Penal. Exemplificando, a captura de um único exemplar, via de regra, não traz ínsito um perigo ao meio ambiente, pode essa conduta ainda estar fadada ao princípio da insignificância.

Nos incisos II (pescar quantidades superiores às permitidas e a pesca mediante a utilização de petrechos, aparelhos, técnicas e métodos proibidos) e III (transporte, comércio, beneficiamento e industrialização de espécies provenientes da pesca proibida), o legislador igualmente se utilizou de infrações de perigo abstrato.

Quanto ao inciso II, a lei acertou ao adotar o perigo abstrato na conduta do agente de pescar quantidades superiores a permitida, uma vez que tal conduta traz ínsito um perigo ao meio ambiente, afetando, por vezes, a cadeia alimentar. Além disso, o excesso na captura de espécimes pode, muitas vezes, constituir diminuição e até extermínio das espécies.

Em relação à pesca com utilização de petrechos, aparelhos, técnicas e métodos proibidos, como uso de redes de malha fina e tarrafas, pode causar dano considerável ao meio ambiente, uma vez que alcançam grande número de espécies

e de tamanho pequeno. Contudo, se o agente pesca um exemplar de peixe utilizando esses apetrechos, o meio ambiente não está exposto a um perigo relevante para o seara criminal. Por isso, mais razoável por parte do legislador seria exigir, ao menos, o perigo concreto ao meio ambiente.

No crime de perigo abstrato descrito no inciso III, o legislador visou impedir que alguém, que não pescou ilegalmente, se beneficie com os produtos oriundos da pesca ilegal e colabore ou incentive a pesca predatória.

Esse dispositivo é um dos poucos que admite a aplicação de pena de multa isoladamente. Essa sanção penal, em tese, é a ideal, porque afeta o poder econômico do agente e, assim, as finalidades da sanção penal poderiam ser atingidas. Todavia, na prática, deve ser utilizada com parcimônia, pois, caso contrário, ela pode se revelar de pouca utilidade quando o acusado não paga voluntariamente a multa ou ainda pode dar a falsa impressão de que quem dispõe de boa condição financeira pode vilipendiar o patrimônio ambiental, desvirtuando assim os fins da norma penal ambiental.

O tipo penal de perigo abstrato insculpido no artigo 35 tem por escopo evitar o uso de instrumentos que facilitam a pesca predatória, expondo a perigo a vida e a integridade de peixes e microorganismos aquáticos.

Art. 35. Pescar mediante utilização de:

I- explosivos ou substâncias⁵⁴ que, em contato com a água produzam efeito semelhante;

II- substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente;

Pena- reclusão de um a cinco anos.

A utilização do modelo de perigo abstrato é imprescindível para coibir a pesca mediante o emprego de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante⁵⁵, *verbi gratia* descargas elétricas de alta

⁵⁴ Houve equívoco do legislador ao utilizar essas expressões substâncias e explosivos no plural, pois na interpretação literal do dispositivo parece que a pesca com o uso de apenas um único explosivo ou uma única substância seria atípica.

⁵⁵ Substâncias que, em contato com o ambiente aquático, produzam efeitos semelhantes aos dos explosivos são aquelas que provocam extermínio imediato dos peixes ou sua debilidade temporária, ensejadora de fácil apanha ou pesca (PRADO, 2005, p. 265).

voltagem; além da pesca com uso de substâncias tóxicas, como venenos, ou outro meio proibido pela autoridade competente. Essas modalidades delitivas⁵⁶ trazem ínsito perigo ao meio ambiente, já que o emprego desses meios executórios acarreta, comumente, o aniquilamento da fauna aquática, com danos ambientais de grande monta, muitas vezes irreparáveis, como desequilíbrio do ecossistema local, extermínio da flora aquática e, até mesmo, poluição das águas⁵⁷.

Por fim, uma questão a ser levantada é o perigo presumido da pesca em reservatórios particulares criados artificialmente pelo homem, onde são introduzidas as espécies aquáticas. A nosso ver, nesses casos, a conduta do sujeito ativo não traz inerente um perigo ao meio ambiente, isto é o bem jurídico não sofrerá prejuízo algum e, assim, não há motivo para a incidência do Direito Penal.

Diferentemente da pesca predatória em rios, lagos e lagoas naturais, no caso dos tanques particulares, a fauna aquática só se desenvolveu naquele lugar por vontade e colaboração do proprietário do reservatório. Por esta razão, a melhor interpretação, a luz do Direito Penal Garantista, é de que os delitos de pesca não se aplicam aos reservatórios particulares criados artificialmente pelo homem, embora a lei não faça tal distinção.

7.3 Dos Crimes contra a Flora

Flora é o “conjunto de plantas de uma determinada região ou período listadas por espécies e consideradas como um todo” (Glossário de ecologia. Academia de Ciências do Estado de São Paulo, n.57, p. 91). Nessa definição, flora engloba as florestas.

⁵⁶ Vale lembrar que a infração penal em questão não se consuma com a explosão ou morte dos peixes, mas quando houver a pesca, ou seja, a retirada, coleta, apanha, extração, apreensão dos espécimes com as explosões ou com as substâncias tóxicas. Além disso, é necessário que o agente tenha a intenção de pescar.

⁵⁷ Caso a conduta ocasione perigo à integridade física, à vida ou ao patrimônio de outrem, configura-se o delito do artigo 251, do Código Penal.

Nas infrações penais contra a flora⁵⁸, o legislador utilizou, predominantemente, os delitos de lesão, isto é, se aperfeiçoam com a lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. Infelizmente, quando o legislador optou pelos delitos de perigo abstrato, nesta seção, ele acabou, muitas vezes, por utilizar este instituto de forma inadequada.

O delito ambiental que inaugura a Seção II⁵⁹ do Capítulo V, dos crimes contra a flora é o artigo 38.

Art. 38. Destruir ou danificar floresta⁶⁰ considerada de preservação permanente⁶¹, mesmo que em formação⁶², ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena- detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

As duas primeiras figuras delitivas enquadram-se na categoria de crimes de dano e a última em crime de perigo abstrato⁶³. Em outras palavras, as modalidades “destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação” só se consumam com a lesão efetiva à flora.

Enquanto que, na modalidade “utilizar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, infringindo as normas de proteção”, o perigo ao meio ambiente é presumido. Nessa hipótese, o legislador pressupõe que a conduta do agente é perigosa, mas será que de fato ela é?

A nosso ver, melhor opção legislativa seria o crime de perigo concreto nessa modalidade delitiva, ou seja, deveria a norma penal exigir a demonstração do

⁵⁸ Vide causas de aumento de pena no artigo 53, da Lei em análise.

⁵⁹ Nesta seção o legislador penal transformou a maioria das contravenções florestais da Lei 4.771/1965 (Código Florestal) em crimes, cominando sanções penais mais severas.

⁶⁰ Floresta é “a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa” (definição do item 18 do Anexo I da Portaria 486-P/1986, do IBDF- Instituto Brasileiro de Direito Florestal (hoje IBAMA).

⁶¹ Floresta considerada de preservação permanente está definida no Código Florestal (Lei 4.771/65), artigos 2º e 3º.

⁶² Floresta em formação é aquela que está se desenvolvendo ou se encontra em estágio de regeneração natural.

⁶³ Renato Marcão (2013, p. 153) classifica todas as modalidades delitivas desse artigo em perigo abstrato.

perigo ao meio ambiente para a conduta ser considerada típica. A acusação deveria provar que o agente, ao utilizar a floresta de preservação permanente com infringência das normas de proteção, expôs a flora em perigo.

Do mesmo entendimento, conclui-se no artigo 38-A, incluído pela Lei nº 11.428, de 2006, que incrimina as mesmas condutas, porém o objeto material da conduta não é a floresta considerada de preservação permanente, mas sim a vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica.

Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Por sua vez, os artigos 39 e 40 descrevem crimes de dano:

Art. 39. Cortar árvores⁶⁴ em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena- detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação⁶⁵ e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274⁶⁶, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:⁶⁷

⁶⁴ A lei se utiliza da expressão “árvores”, deste modo, para a configuração do delito é necessário que o agente tenha cortado mais de uma árvore, caso contrário a conduta será atípica. Entendimento divergente é de Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, para estes o corte de apenas uma árvore configura o crime (FREITAS, 2001, p.122).

⁶⁵ O artigo 2º, inciso I, da Lei do SNUC (Lei 9.985/00) define Unidade de Conservação como o “espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção”.

⁶⁶ O artigo 27 do Decreto nº 99.274/90 trata das áreas que circundam as Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros.

⁶⁷ Calha observar a incoerência do legislador, uma vez que a produção de qualquer dano em Unidade de Conservação é punida com pena de reclusão, de um a cinco anos (artigo 40, caput, Lei 9.605), enquanto a completa destruição de floresta considerada de preservação permanente comina pena de detenção, de um a três anos (artigo 38, da mesma lei).

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 1º Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre.⁶⁸

§ 2º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena.⁶⁹

§ 3º Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.⁷⁰

É inquestionável que as condutas de “cortar árvores” e “causar dano” são condutas lesivas ao meio ambiente. São crimes cuja consumação ocorre quando há efetivo dano à flora.

Art. 41. Provocar incêndio em mata⁷¹ ou floresta:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa.⁷²

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa.

A conduta típica do artigo 41, consistente em dar causa a incêndio (fogo perigoso), é de perigo abstrato, visto que o fogo é potencialmente lesivo à integridade das matas e florestas.

Sem dúvida, o fogo não controlado em floresta ou qualquer outra forma de vegetação é altamente nocivo à preservação do meio ambiente, uma vez que não apenas destrói a mata, com reflexos sobre as águas e fauna ali existentes, como também causa poluição atmosférica através da liberação de monóxido de carbono.

Desta forma, corretamente, a lei presume que a provocação do incêndio em mata ou floresta é uma conduta perigosa ao meio ambiente, sendo desnecessária a ocorrência de efetivo dano ao bem jurídico para o crime se

⁶⁸ Vide parágrafo 1º do artigo 40-A da lei em análise. Tanto a unidade de conservação de proteção integral e de uso sustentável são protegidas pelo artigo 40.

⁶⁹ Vide artigo 15, alíneas e e q da lei em epígrafe.

⁷⁰ Com o veto do *caput* do artigo 40-A, “as condutas lesivas às Unidades de Conservação em sentido amplo são regidas pelo disposto no artigo 40, *caput* e parágrafo 3º da Lei 9.605/98” (PRADO, 2005, p. 320).

⁷¹ Mata é o conjunto de árvores de porte médio, naturais ou cultivadas.

⁷² Na hipótese da conduta expor a perigo a vida, integridade ou patrimônio de outrem se aplica o artigo 250, *caput*, do Código Penal, com o aumento de pena do § 1º, II, h, do mesmo artigo.

consumar. No caso, o dano ao meio ambiente é indiferente, o que o legislador proíbe é a conduta perigosa de atear fogo em matas e florestas.

Deste entendimento, reforça Valdir Sznick (2004, p. 341):

O incêndio leva em si uma grande potencialidade de dano à fauna, flora e até ao homem; no incêndio, o fogo se torna, através da labaredas, incontrolável, concorrendo fatores alheios, mas previsíveis, como ventos, mato seco, a seca por falta de chuvas etc. Cumpre salientar ainda que basta a conduta de colocar fogo: o resultado da queimada- ameaça a bens, animais- pouco tem; aliás pode até agravar no crime de incêndio.

O artigo 42, em seguida, se utiliza de infração penal de perigo concreto, pois exige a verificação do perigo ao meio ambiente. Vejamos:

Art. 42. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões⁷³ que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano⁷⁴:

Pena - detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Como se observa, o tipo penal incrimina condutas que podem ser prejudiciais à flora, mas, além disso, elas devem ser capazes de provocar sérios danos ao bem jurídico ambiental. Tanto é verdade que o legislador equiparou à categoria de crime autônomo, meros atos preparatórios (fabricação, venda e transporte), levando em consideração o perigo que os balões podem representar para as florestas, demais formas de vegetação, áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano.

Os balões, que possuem mecha combustível, podem cair sobre o solo e causar danos não só ao meio ambiente, mas também à vida e ao patrimônio das pessoas. No entanto, o perigo ao bem jurídico deve ser comprovado para que a conduta do agente seja tida como típica. É preciso que o balão seja apto a provocar

⁷³ Balão é “artefato de papel que, por força de ar quente produzido em seu interior, eleva-se na atmosfera” (Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2004).

⁷⁴ Oportuno frisar que o tipo penal não protege apenas o meio ambiente natural, mas também as áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano, como vilarejos, favelas, cortiços etc. Desta forma, o autor incorre neste crime ambiental e não no artigo 28 da Lei de Contravenções Penais.

incêndio, não havendo, contudo, necessidade que o incêndio venha a ocorrer de fato para o delito se consumir (exaurimento).

Verifica-se que o perigo da conduta está na mecha do balão, quando este se desintegra e cai. Portanto, em se tratando de artefatos que não utilizam líquidos combustíveis e se apagam instantaneamente ou em curto espaço de tempo (balões de pequena mecha combustível), não se caracteriza o crime em análise por ausência da potencialidade lesiva. Assim, as chamadas “lanterninhas japonesas” não constituem crime por não terem mecha, nem levarem líquidos inflamáveis.

A seguir, encontra-se o artigo 44, já que o artigo 43 (“fazer ou usar fogo em florestas...”) foi vetado por estar contido em tipos penais anteriores.

Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

O delito em questão é de perigo abstrato, porque presume o perigo ao meio ambiente da extração ilícita de materiais garantidores do equilíbrio ecológico, como pedra, areia, cal, ferro, ouro, entre outros minerais. A retirada predatória desses minerais pode ocasionar danos irreversíveis ou de difícil reparação, como a erosão dos solos e o empobrecimento da vegetação.

A nosso ver, a técnica mais adequada é a tipificação como delito de perigo concreto, pois, deveria se exigir a comprovação do perigo ao meio ambiente no caso concreto. Não se pode negar também a aplicação do princípio da insignificância por ausência de potencialidade lesiva (lesividade), como, por exemplo, da conduta de extrair apenas uma pedra da floresta.

Oportuno salientar que doutrinadores, como Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (2001, p. 136), sustentam que o delito em estudo trata-se de crime de dano e não de perigo. No entanto, pelos motivos acima expostos, acreditamos que o delito em referência é de perigo abstrato, mesmo porque há casos em que a extração de minerais não compromete o equilíbrio ecológico.

O artigo 45, assim como o artigo 39, trata de delito de lesão, pois o corte e a transformação em carvão vegetal da madeira de lei causam um dano efetivo ao meio ambiente.

Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei⁷⁵, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais:

Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

A conduta típica pode causar estragos irreparáveis, uma vez que a madeira de lei é a originária de árvores de grande porte, que exigem proteção específica, em razão do corte desenfreado motivado pelas indústrias madeireiras. A norma visa proteger a madeira para que não seja explorada indevidamente ou transformada em carvão.

O artigo 46, de seu turno, descreve um crime de perigo abstrato, pois não exige para sua consumação a lesão ao meio ambiente. O delito se consuma com o recebimento ou aquisição dos produtos enumerados no *caput*, sem exigir a apresentação de licença; ou com a prática de um dos atos catalogados no parágrafo único.

Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente.

O que se questiona no presente artigo é se, de fato, a incriminação dessas condutas é necessária. Sem dúvida, a licença do vendedor e do fabricante, outorgada pela autoridade competente, é uma importante forma de evitar que a

⁷⁵ Também são chamadas de madeiras duras e são aquelas que podem ser usadas como materiais para construções e marcenarias especiais por serem mais resistentes e rijas, tais como o cedro, mogno, jacarandá, araucária, peroba, ipê.

madeira, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal sejam negociados clandestinamente, porém a tutela por outros ramos do Direito, como a esfera Administrativa, é suficiente para coibir tais condutas. A nosso ver, a incriminação não constitui meio indispensável e, desta forma, tal dispositivo fere o Princípio da Intervenção Mínima.

Nesse caso, a fiscalização mais incisiva é que seria imprescindível para a preservação do meio ambiente, controlando administrativamente a extração indiscriminada de produtos e subprodutos florestais. Frisa-se que a deficiência da fiscalização não pode autorizar uma administrativização do Direito Penal.

O delito descrito no artigo 48 se consuma com a lesão efetiva do bem jurídico tutelado, especificadamente as florestas e as outras formas de vegetação. Quando se impede ou dificulta a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação, há um dano à flora, por isso, trata-se de crime de dano. Para melhor explicitar, supõe-se a situação em que o sujeito lança produtos tóxicos em área desmatada, impedindo que esta se recupere.

Art. 48.⁷⁶ Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação⁷⁷:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

A seguir, o legislador elaborou o polêmico artigo 49, que certamente foi fruto de uma precária atividade legislativa, desprovida de bom senso.

Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação⁷⁸ de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁷⁶ O artigo 47 foi vetado.

⁷⁷ Como bem observa a doutrina majoritária, o objeto material, embora a lei considere amplamente as florestas e demais formas de vegetação, deve ser analisado com muita ponderação, sendo necessário valorar a relevância da formação vegetal atingida. Isto é, a aplicação da norma deve ser adequada à realidade, daí o papel importante do magistrado de interpretar a lei e distinguir as situações em que esta se aplica.

⁷⁸ Por plantas de ornamentação entendem-se as que embelezam, enfeitam, adornam ou decoram um local, tais como: begônias, tulipas, lírios, orquídeas, samambaias, entre outras.

Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.

As modalidades delitivas destruir, danificar e lesar são de dano, enquanto o núcleo típico maltratar é de perigo abstrato, pois fazer sofrer, tratar com aspereza, bater em uma planta não implica em lesão ao bem jurídico.

O crime do artigo 49, sem dúvida, é um dos mais inapropriados da Lei 9.605/98 e de constitucionalidade absolutamente questionável, revelando uma criminalização patológica de condutas.

Inicialmente, cumpre destacar a desproporcionalidade da pena cominada neste crime, que é de três meses a um ano de detenção ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Enquanto que o Código Penal, no artigo 136, comina para o delito de maus-tratos de pessoa humana uma pena de dois meses a um ano.

Destarte, o comportamento de maltratar uma planta ornamental é mais severamente apenado que os maus-tratos a uma pessoa, uma vez que o mínimo legal deste delito é inferior ao mínimo legal previsto em relação aos animais (conforme já explanado) e plantas.

Há, portanto, flagrante inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Porém, não é só, a lei ainda prevê o delito de destruir, danificar, lesar ou maltratar plantas de ornamentação na forma culposa e com pena de um a seis meses e multa. Daí se origina a enxurrada de críticas da doutrina que exemplifica que se pisarmos, inadvertidamente, por desatenção, na begônia ou tulipa do jardim do vizinho passaremos a ser delinquentes ecológicos.

Vale aqui transcrever a opinião de Regis Prado (2005, p.348):

Essa incriminação (inclusive com a forma culposa) não deveria passar – quando muito- de infração administrativa. Há evidente e inconcebível exagero do legislador, que chega ao ponto de criminalizar, por exemplo, o dano culposo, por imprudência, de uma orquídea em lugar público ou privado.

Ademais, o bem jurídico protegido neste tipo penal não é exatamente o meio ambiente, mas sim o patrimônio público e particular. Por isso, essas condutas

se amoldam mais ao crime de dano do que ao crime ambiental, em que se protege um bem jurídico metaindividual difuso.

O aludido dispositivo viola, flagrantemente, o princípio penal fundamental da ofensividade, uma vez que não há na hipótese em exame periculosidade da conduta ao bem jurídico meio ambiente. Afinal, indaga-se qual a potencialidade lesiva relevante para tornar crime a destruição de uma planta ornamental em propriedade pública ou privada.

Desta forma, defende-se a descriminalização das condutas descritas neste dispositivo legal por violarem os princípios da proporcionalidade, da lesividade e da intervenção mínima, pois incabível se falar que esta incriminação é imprescindível para a proteção do meio ambiente, pelo contrário é totalmente dispensável. Inclusive, a previsão da modalidade culposa é o ápice do abuso do intervencionismo do Estado na vida privada dos indivíduos.

Observa-se ainda que nem a infração administrativa, que é menos gravosa, prevê a modalidade culposa, conforme se constata no artigo 56 do Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2.008:

Art. 56. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia:

Multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$1.000,00 (mil reais) por unidade ou metro quadrado.

Para finalizar as considerações sobre esse artigo, cumpre destacar o posicionamento de Renato Marcão (2013, p. 328), o qual defende a constitucionalidade do crime:

Apesar da amplitude de alcance permitida pela redação típica, a ensejar possibilidade de excessos na interpretação e aplicação do dispositivo em comento, não enxergamos inconstitucionalidade no art. 49 [...].

Contra os excessos, [...] há o império do devido processo legal; as vantagens da assegurada imparcialidade do juiz; os saudáveis benefícios do contraditório e da ampla defesa; a imperiosa garantia que determina a motivação das decisões judiciais; bem como as virtudes do duplo grau de jurisdição, caso a carregada imputação termine por encontrar acolhida na instância judicial.

Contra a ausência de lesão significativa ao bem jurídico tutelado, há que se buscar a incidência do princípio da insignificância.

Constitui crime de lesão o artigo 50, pois se consuma com a destruição ou danificação do objeto material e, conseqüentemente, do bem jurídico protegido.

Art. 50. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Outro crime de dano é o artigo 50-A, acrescentado pela Lei nº 11.284, de 2006.

Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente:

Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

§ 1º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família.⁷⁹

§ 2º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare.⁸⁰

De seu turno, o delito do artigo 51 constitui-se em infração penal de perigo abstrato, isto é, o tipo penal pressupõe que a conduta é perigosa ao meio ambiente.

Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parece-nos arbitrária a presunção de que a conduta de comercializar ou utilizar motosserra em florestas gera perigo ao bem jurídico coletivo, isto é, não são aptas, por si só, de vulnerar a flora. De bom senso a descriminalização de tais

⁷⁹ Este parágrafo constitui causa excludente de ilicitude por estado de necessidade.

⁸⁰ Trata-se de causa de aumento de pena.

condutas, pois nem mesmo a adoção de crime de perigo concreto seria razoável, já que difícil seria se provar o perigo que tal conduta traz ao meio ambiente, principalmente na modalidade comercializar.

Desta forma, para não ofender os princípios da lesividade e da intervenção mínima, suficiente a tutela do Direito Administrativo para coibir essas condutas, no artigo 57 do Decreto nº 6.514/08:

Art. 57. Comercializar, portar ou utilizar em floresta ou demais formas de vegetação, motosserra sem licença ou registro da autoridade ambiental competente:

Multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), por unidade.

Portanto, este dispositivo legal não passa de criminalização de mera desobediência administrativa, o que contraria a própria função primordial do Direito Penal, qual seja: a exclusiva proteção de bens jurídicos.

Note-se bem que, na verdade, o que é necessário é o controle pela autoridade administrativa da utilização indiscriminada e abusiva da motosserra e de seu comércio.

Também proíbe a lei, no artigo 52, a penetração na Unidade de Conservação, se o sujeito ativo conduz substâncias ou instrumentos próprios para a caça ou para a exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem estar munido de licença da autoridade competente.

Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação⁸¹ conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos⁸² ou subprodutos⁸³ florestais, sem licença da autoridade competente:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.⁸⁴

⁸¹ Nota-se que a lei deveria ter se referido apenas a Unidade de Conservação de proteção integral, cujo conceito está no artigo 40, §1º, da Lei 9.605/98.

⁸² Produto é aquilo gerado pela própria natureza.

⁸³ Subproduto é o resultado de uma atividade extrativa, tais como sementes, raízes e frutas de uma árvore.

⁸⁴ O que diferencia este tipo penal do artigo 29 da Lei 9.605/98 é exatamente o fato de este ser de perigo abstrato e aquele de dano. Ou seja, o crime do artigo 52 consiste no simples ingresso em Unidade de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça, enquanto o

Evidente que a lei se utilizou do modelo de perigo abstrato no caso em tela, pois o tipo penal não exige a efetiva caça ou exploração de produtos ou subprodutos florestais, bastando para sua consumação a mera ação de adentrar trazendo consigo substâncias ou instrumentos- tais como redes, armas, venenos, explosivos, armas de fogo, gaiolas, facas-, não se exigindo qualquer dano concreto ao bem jurídico ambiental.

Mais uma vez, se observa o exagero do legislador de 1998 em criminalizar mera infração administrativa (artigo 92 do Decreto nº 6.514/08). Esse tipo penal, assim como o anterior, viola o princípio da intervenção mínima, pois a tutela penal não constitui meio imprescindível para coibir tais comportamentos. Logo, melhor opção seria a sanção administrativa, com efetiva fiscalização pelos órgãos governamentais.

7.4 Da Poluição⁸⁵ e Outros Crimes Ambientais⁸⁶

Na preservação do ambiente hídrico, atmosférico e o solo, em prol da manutenção do equilíbrio do ecossistema, da qualidade de vida, da saúde pública e da própria subsistência do homem, o legislador utilizou, predominantemente, os delitos de perigo concreto, os quais se aperfeiçoam com a real ocorrência de perigo ao bem jurídico ambiental.

Nesse sentido, a seguir, se analisará os comportamentos incriminados pela Lei 9.605/98.

crime do artigo 29 se consuma com a efetiva morte, perseguição, caça, apanha ou utilização de espécimes da fauna silvestre. Pode-se dizer que o artigo 52 pune a preparação do delito.

⁸⁵ Poluição pode ser definida como “introdução pelo homem, diretamente ou indiretamente, de substâncias ou de energia no ambiente que dá lugar a conseqüências prejudiciais de modo a pôr em perigo a saúde humana, a prejudicar os recursos biológicos e os sistemas ecológicos, a atentar ou a incomodar as outras utilizações legítimas do ambiente” (PRADO, 2005, p. 415). Há também o conceito legal de poluição que está no artigo 3º, inciso III, Lei 6.938/81.

⁸⁶ O artigo 58 fixa as causas de aumento de pena aos crimes dolosos previstos na Seção III (Da poluição e outros crimes ambientais).

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana⁸⁷, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.⁸⁸

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

O *caput* do artigo em evidência trata-se de tipo penal de ação múltipla ou conteúdo variado e é muito interessante no sentido de que apresenta tanto modalidades delitivas de dano, quanto de perigo concreto. Isto é, nas modalidades de “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem em danos à saúde humana” e “causar poluição em níveis tais que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”, para que ocorra a consumação da infração penal, a lei exige a real lesão ao bem jurídico (meio ambiente ou saúde pública), com danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição da flora.

Enquanto que na modalidade de “causar poluição em níveis tais que possam resultar⁸⁹ em danos a saúde humana”, o tipo penal exige que o perigo à saúde humana seja devidamente comprovado para a configuração do crime. Deste

⁸⁷ O tipo penal além de tutelar o bem jurídico meio ambiente, também protege a saúde pública. Trata-se assim de crime pluriofensivo.

⁸⁸ Assinala-se que o *caput* do artigo 54 da Lei 9.605/98 revogou o artigo 15 da Lei 6.938/81, pois deu novo tratamento à matéria; revogou também, tacitamente, os artigos 270, *caput*, 1ª parte (envenenar água potável), e 271 (corrupção ou poluição de água potável), ambos do Código Penal.

⁸⁹ Há doutrinadores que equivocadamente referem-se a este delito como sendo de perigo abstrato.

modo, “o estado de perigo exigido (possam resultar) deve ser grave, intenso e hábil para resultar em lesão à saúde humana” (PRADO, 2005, p. 419).

O § 1º prevê a forma culposa do delito e o § 2º estabelece cinco modalidades qualificadas do crime descrito no *caput*, em face de circunstâncias que indicam maior degradação ambiental, com sequelas mais gravosas ao bem jurídico (crime qualificado pelo resultado).

Por sua vez, o § 3º trata de modalidade qualificada de crime omissivo impróprio. A conduta de “deixar de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, quando assim o exigir a autoridade competente” é de perigo abstrato. Nota-se que o risco de dano ao meio ambiente já pré-existe a conduta do agente, mas o perigo da conduta do agente é presumido.

Essa modalidade delitiva se perfaz independentemente de prova de algum dano ou potencialidade lesiva concreta e objetiva evitar que as medidas de precaução sejam preteridas pelo agente. No caso, defende-se que a sanção administrativa, descrita no artigo 62, inciso VII, do Decreto nº 6.514/08 (multa de cinco mil reais a cinquenta milhões de reais), é suficiente para coibir essa conduta omissiva, sobretudo em razão do Princípio da Subsidiariedade⁹⁰.

Art. 55. Executar pesquisa⁹¹, lavra⁹² ou extração⁹³ de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

⁹⁰ Pensamento diverso tem Renato Marcão (2013, p. 398) que defende a constitucionalidade de todo o artigo 54.

⁹¹ Definição de pesquisa mineral está no artigo 14 do Código de Mineração (Decreto-lei 227/67), segundo o qual “é a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, à sua avaliação e à determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico. Segundo Valdir Sznick (2004, p. 400), “são atos de extração com o objetivo científico, de estudo e de experiência”.

⁹² O artigo 36 do Código de Mineração conceitua lavra como “o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida”.

⁹³ A extração é a “atividade de aproveitamento de substâncias minerais garimpáveis” (artigo 10, Lei 7.805/89), com utilização de instrumentos rudimentares, aparelhos manuais ou máquinas simples e portáteis (artigo 70,n.1, Código de Mineração).

De seu turno, o artigo 55 da Lei nº 9.605/98 descreve condutas de perigo abstrato. Se, com a extração, lavra ou pesquisa irregular, sobrevier dano (artigo 163, do Código Penal), crime contra flora (artigos 38, 40 e 44), poluição (artigo 54) ou perecimento da fauna aquática (artigo 33), haverá concurso formal de crimes, nos termos do artigo 70 do Código Penal.

Em todas as condutas comissivas e omissivas, incluindo as do *caput* e do parágrafo único, a lei pressupõe que são perigosas ao bem jurídico penalmente tutelado e, sendo assim, antecipa a tutela da lei penal. Contudo, explorar recursos minerais sem consentimento ou utilizar a autorização do órgão competente para finalidade diversa da obtida, por si só, não representa perigo potencial ao meio ambiente.

Não se ignora que a atividade minerária pode causar um grave impacto ambiental se não for controlada e fiscalizada. No entanto, mais uma vez, ressaltamos que a ausência ou dificuldade de fiscalização não autoriza a criminalização de condutas que representam mero descumprimento de obrigação administrativa.

Portanto, a melhor opção legislativa é a descriminalização dessas condutas, face os princípios da subsidiariedade e lesividade, e a manutenção da sanção administrativa contida no artigo 63 do Decreto nº 6.514/08⁹⁴.

Além disso, no parágrafo único, pode-se deparar com uma situação na qual o indivíduo, no intuito de recuperar a área pesquisada ou explorada, atende a recuperação, mas não o faz nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

Deste entendimento, releva Valdir Sznick (2004, p. 401):

[...] trata-se de uma conduta omissiva do agente: deixa de recuperar; desatende à determinação da autoridade. Esse desatendimento pode ser: total- simplesmente deixa de atender à exigência de recuperação; parcial- atende à recuperação, mas o faz de maneira imprópria ou incompleta; neste

⁹⁴ Art. 63. Executar pesquisa, lavra ou extração de minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença da autoridade ambiental competente ou em desacordo com a obtida:

Multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais), por hectare ou fração.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão ambiental competente.

último caso, não nos parece exista o dolo- pois houve a recuperação- mas não da forma exigida, o que configura a culpa; como o crime é doloso, entendemos que em caso de recuperação parcial ou mal feita, há apenas a infração administrativa (multa, não concessão de nova autorização, entre outras).

Logo em seguida, o tipo penal contido no artigo 56 exige, para seu aperfeiçoamento, a verificação efetiva do perigo ao meio ambiente ou à saúde humana.

Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no *caput*, ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança.

§ 2º Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço.⁹⁵

§ 3º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Importante salientar que há doutrinadores, como Vladimir e Gilberto Passos de Freitas (2001, p. 189) e Renato Marcão (2013, p. 446), e julgados em tribunais⁹⁶ que entendem que este delito trata-se de perigo abstrato, o que, a nosso ver, não é correto, pois o perigo deve ser comprovado⁹⁷.

O crime ambiental do artigo 60⁹⁸ consuma-se, automaticamente, com a prática de um dos núcleos típicos. No entanto, o perigo ao bem jurídico tutelado constitui elemento do tipo e, por isso, no caso concreto, deve ser comprovado.

⁹⁵ Trata-se de causa especial de aumento de pena.

⁹⁶ Nesse sentido: TRF, 4ª R., ApCrim 2003.71.10.010436-2/RS, 8ª T., rel. Des. Artur César de Souza, j. em 4-2-2009, DE de 11-2-2009. TRF, 4ª R., ApCrim 2005.70.01.002466-9/PR, 8ª T., rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteado, j. em 18-2-2009, DE de 25-2-2009.

⁹⁷ Substâncias perigosas “são aquelas cuja utilização pode representar riscos imediatos ou futuros ao meio ambiente”. Já as substâncias nocivas à saúde “são as que, por inalação, ingestão ou via cutânea, podem ocasionar efeitos graves ao ser humano, e nocivas ao meio ambiente são as que possam atingir a flora, a fauna, a água, tudo enfim que faça parte dos recursos naturais” (FREITAS, 2001, p. 189).

⁹⁸ O artigo 57 e 59 foram vetados, enquanto o artigo 58 trata de causa de aumento de pena.

Art. 60.⁹⁹ Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Verifica-se que é indispensável para a configuração do delito que o estabelecimento, obra ou serviço seja potencialmente poluidor, isto é, capaz de ocasionar poluição atmosférica, hídrica, sonora, resíduos sólidos, entre outros.

O artigo 61 dispõe sobre a propagação de praga ou doença na lavoura ou no contato com animais e plantas.

Art. 61.¹⁰⁰ Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Trata-se de crime de perigo concreto, uma vez que para a configuração do delito basta a disseminação da praga ou doença ou outra espécie, independentemente de que venham a provocar dano à natureza. Por exemplo, a disseminação de uma espécie que pode causar dizimação de outra existente no local.

Há doutrinadores, como Valdir Sznick (2004, p. 418), que, a nosso ver, equivocadamente, classificam a infração penal em análise como sendo de dano. Não podemos assim classificá-lo, pois o delito se consuma com a prática da disseminação e não com a lesão efetiva ao bem jurídico protegido. A conduta em si não provoca dano concreto ao meio ambiente, basta analisar a expressão contida no tipo penal “possam causar danos”.

Entendemos que tais doutrinadores, como não raras vezes ocorre, confundem delitos de dano com crimes materiais. No entanto, já advertimos que

⁹⁹ Este dispositivo está intimamente ligado ao artigo 79-A e seus parágrafos, da Lei 9.605/98.

¹⁰⁰ Este artigo, por ser lei especial e mais recente, revogou tacitamente o artigo 259 do Código Penal, sem, no entanto, prever a modalidade culposa para a conduta, que era prevista pelo artigo 259, em seu parágrafo único (MARCÃO, 2013, p. 484).

estes últimos se referem à existência de resultado naturalístico em relação ao objeto material - no caso, a doença, a praga ou espécie que possa causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas-, enquanto que as infrações de dano referem-se à afetação ao objeto jurídico, isto é, o meio ambiente.

7.5 Dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural¹⁰¹

Os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural não tratam do meio ambiente natural, mas sim tutelam penalmente outros bens jurídicos transindividuais, que muito embora estejam relacionados com o meio ambiente, como ele não se confunde.

A lei ambiental de 1998 não tratou os referidos crimes de forma técnica, pois confunde o conceito de meio ambiente, ordenação do território e patrimônio cultural que, a rigor, deveriam ter recebido tratamento distinto por serem bens jurídicos diversos e autônomos. Vale dizer, a recuperação, por exemplo, do meio ambiente artificial é absolutamente diferente de uma floresta.

Cumprе ressaltar que, como não adotamos o conceito globalizante¹⁰² de meio ambiente, a nosso ver, os crimes elencados na Lei 9.605/98 não são todos contra o meio ambiente. Por isso, não será objeto de análise mais detalhada os crimes contra o ordenamento urbano, o patrimônio cultural e, tampouco, os crimes contra a administração ambiental, pois esta última tem por finalidade precípua proteger a Administração e apenas de forma indireta tutela o meio ambiente.

¹⁰¹ A Constituição Federal em seu artigo 216, caput, conceituou o patrimônio cultural nos seguintes termos: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I- as formas de expressão; II- os modos de criar, fazer e viver; III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV- as obras, objetos, documentos, edificações e demais arquivos, registros, museus, bibliotecas, pinacotecas, instalações científicas e outros bens especialmente tutelados por lei, ato administrativo ou decisão judicial”.

¹⁰² Vide o capítulo 2.3 deste trabalho.

Os bens jurídicos protegidos nas Seções IV e V, da Lei 9.605/98, possuem peculiaridades diferentes daquele que é objeto de nosso estudo, isto é, do meio ambiente natural. Além disso, nessas seções, a lei penal não se utilizou com frequência dos delitos de perigo abstrato, objeto central desta monografia, conforme brevemente se demonstrará a seguir.

7.5.1 Delitos contra o patrimônio cultural

Os delitos dos artigos 62, 63 e 65 são crimes de dano, pois se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico. Vejamos:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar¹⁰³:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

O delito acima se consuma com a lesão efetiva ao patrimônio cultural¹⁰⁴. Por exemplo, se for destruído um bem imóvel tombado pelo Poder Público, jamais será possível sua restauração exata de como era antes.

Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.¹⁰⁵

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

¹⁰³ Esse tipo penal revogou tacitamente o artigo 165 do Código Penal.

¹⁰⁴ Sobre o patrimônio cultural brasileiro, vide artigo 216 da Constituição Federal.

¹⁰⁵ Esse tipo penal revogou o artigo 166 do Código Penal.

O artigo 63 se consuma coma efetiva alteração da aparência ou estrutura da edificação ou local especialmente protegido e, por isso, também é crime de dano, uma vez que a alteração do que é protegido implica na perda dos valores elencados no tipo.

Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.¹⁰⁶

Por sua vez, o injusto penal do artigo 65 é igualmente de dano, visto que, com sua consumação, resta um dano ao meio ambiente cultural e visual.

7.5.2 Delitos contra a ordenação do território¹⁰⁷

O tipo penal do artigo 64 tutela a ordenação do território, com ênfase no patrimônio cultural, artístico, histórico e arqueológico.

Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

¹⁰⁶ Constitui-se em qualificadora do delito previsto no caput.

¹⁰⁷ A política de desenvolvimento urbanístico é versada nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal e a disciplina do solo urbano é tratada na Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

Essa infração penal se consuma com o início de qualquer atividade de construção no solo não edificável ou em seu entorno. Desta forma, também, é crime de dano, pois com a construção, há um dano ao meio ambiente artificial.

7.6 Dos Crimes contra a Administração Ambiental

Em sede ambiental, há uma relação íntima entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, isto porque, conforme já exposto, a tutela penal frequentemente depende da norma administrativa, aliás, não raras vezes, o comportamento criminoso não passa de mera infração administrativa formulada em tipo penal de perigo abstrato.

Sobre a administrativização do Direito Penal, discorre Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 199):

Este fenômeno ocasiona, muitas vezes, a punição de comportamentos pelo mero descumprimento da regra da administração, afastando uma concepção antropológica do bem jurídico penal e legitimando a proteção da vigência do ordenamento, sem relação alguma com os valores individuais que ensejam a movimentação do direito penal. A administrativização do direito penal remete à problemática das normas penais em branco.

Mencionado autor também destaca a importância da utilização das normas penais em branco nos crimes de perigo abstrato contemporâneos¹⁰⁸, desde que não tornem os tipos penais desprovidos de taxatividade.

¹⁰⁸ “A complexidade das novas atividades e dos novos riscos dificulta a descrição precisa, pela norma penal, dos contornos dos comportamentos proibidos, e exige a delegação de poderes regulamentares a âmbitos mais flexíveis a fim de completar o sentido do texto legal e de permitir que os tipos se adaptem às novas realidades, sem a necessidade de alteração legislativa regular. A dinâmica de produção tecnológica dificulta a descrição taxativa das condutas arriscadas em tipos penais fechados, e a falta de agilidade do processo legislativo é superada pela delegação à autoridade administrativa da competência para preencher os textos legais de acordo com os novos contextos de risco.” (BOTTINI, 2007, p. 200).

Por outro lado, não pode o tipo penal de perigo abstrato delegar à Administração Pública a “tarefa de estabelecer a descrição típica em si e seus principais contornos como ocorre, por exemplo, com o art. 68 da Lei 9.605/1998” (BOTTINI, 2007, p. 201).

Além disso, conforme elucidado anteriormente, os tipos penais que tutelam a Administração Pública Ambiental, na realidade, são crimes funcionais especiais que definem determinadas formas de prevaricação do funcionário público, o qual sempre tem o dever, no exercício de suas funções, de agir conforme a lei.

Não se ignora que a Administração Pública protagoniza papel decisivo na proteção do meio ambiente, desempenhando funções importantes por meio de seu poder regulador e poder de polícia, como a formulação de normas indispensáveis ao exercício da administração ambiental, controle (com autorizações, licenças, concessões, etc.), fiscalização, entre outras.

É certo que o legislador ambiental de 1998 pretendeu certificar que o funcionário público afirme e não omita a verdade dos fatos, fiscalize, informe corretamente e controle a atividade administrativa. Por isso, formulou os delitos previstos nos artigos 66 a 69-A¹⁰⁹ da Lei 9.605/98, os quais são pluriofensivos, ou

¹⁰⁹ Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Art. 67. Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa.

Art. 69. Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

seja, os bens jurídicos tutelados são a Administração Pública (especialmente a gestão ambiental) e o meio ambiente, ambos de natureza supra-individual.

Na análise de tais dispositivos, inclusive, constata-se que em relação ao bem jurídico ambiental sempre os crimes serão de perigo abstrato, pois para sua consumação não é necessária a lesão deste objeto jurídico e, tampouco, há necessidade de se provar o perigo. Em relação à Administração Pública, sempre haverá dano.

Assim, não obstante a pretensão da Lei 9.605/98 e o importante papel da Administração Pública, totalmente dispensável os crimes contra a Administração Ambiental elencados nessa lei, pois ora se fundam tão somente na efetividade do Direito Administrativo, ora não passam de crimes contra a Administração Pública já tipificados no Código Penal.

Portanto, apesar de posicionamentos em sentido contrário¹¹⁰, suficientes para coibir os comportamentos descritos na Seção V do Capítulo V da Lei 9.605/98, o Código Penal e as infrações administrativas elencadas nos artigos 77, 78, 82 e 83, do Decreto nº 6.514/08¹¹¹.

¹¹⁰ Em sentido contrário do defendido neste trabalho: Renato Marcão (2013, p. 570) e STJ, HC 54.211/MT, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 11-9-2007, DJ de 22-10-2007, p. 373.

¹¹¹ Art. 77. Obstar ou dificultar a ação do Poder Público no exercício de atividades de fiscalização ambiental:

Multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Art. 78. Obstar ou dificultar a ação do órgão ambiental, ou de terceiro por ele encarregado, na coleta de dados para a execução de georreferenciamento de imóveis rurais para fins de fiscalização: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 300,00 (trezentos reais) por hectare do imóvel.

Art. 82. Elaborar ou apresentar informação, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso, enganoso ou omissivo, seja nos sistemas oficiais de controle, seja no licenciamento, na concessão florestal ou em qualquer outro procedimento administrativo ambiental:

Multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Art. 83. Deixar de cumprir compensação ambiental determinada por lei, na forma e no prazo exigidos pela autoridade ambiental:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

7.7 Considerações Finais acerca da Lei nº 9.605/98

Com a análise detalhada dos crimes ambientais da Lei 9.605/98, certificou-se que a tipologia penal de perigo, mormente a de perigo abstrato, é uma técnica legislativa importante e amplamente utilizada para proteção do bem jurídico ambiental.

Após toda a exposição, constatou-se que os delitos de perigo abstrato são legítimos e necessários para uma tutela eficaz, porém, não raras vezes, são formulados com total inobservância dos princípios reguladores da intervenção penal.

Isto é, verificou-se que a inconstitucionalidade da norma de perigo abstrato não decorre do fato de se presumir o perigo da conduta, mas sim da violação por parte do legislador penal aos princípios da proporcionalidade, intervenção mínima e lesividade.

Nesse sentido, Gilmar Mendes, no *Habeas Corpus* nº 104.410 RS:

A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz, para proteção de bens jurídicos-penais supra-individuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, por exemplo. A antecipação da proteção penal em relação à efetiva lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

Por isso, os crimes de perigo abstrato devem ser objeto de rigoroso controle de constitucionalidade, principalmente por meio do Poder Judiciário, para se aferir a adequação deles aos princípios penais, sobretudo o da proporcionalidade.

O ministro Gilmar Mendes ainda naquele voto explica os três níveis de intensidade do controle de constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato que devem ser observados pela Corte Suprema.

Na análise da máxima da adequação, afirma o ilustre ministro:

[...] é possível constatar que não serão idôneos para a proteção de determinado bem jurídico os atos legislativos criadores de tipos de perigo abstrato que incriminem meras infrações administrativas, as quais não têm aptidão para produzir, sequer potencialmente, qualquer perigo em concreto para o bem jurídico em questão. Isso quer dizer que os crimes de perigo abstrato devem restringir-se aos comportamentos que, segundo os diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador com base em dados e análises científicas disponíveis no momento legislativo – e daí a importância da verificação de fatos e prognoses legislativos em sede de controle judicial de constitucionalidade – geralmente configuram perigo para o bem jurídico protegido, estando descartados aqueles que apenas de forma excepcional podem ensejar tal perigo.

Nota-se que a análise da adequação nada mais é do que a observância do Princípio da Ofensividade. Isto é, o legislador, baseado em fatos e conhecimentos científicos, deve constatar se determinada ação ou omissão traz perigo potencial ao bem jurídico.

Superado esse nível, deve-se analisar a máxima da necessidade, que, por sua vez, diz respeito ao Princípio da Subsidiariedade. Nesse sentido, novamente, transcreve-se o afirmado pelo ministro supracitado:

[...] quando houver medidas mais eficazes para a proteção do bem jurídico-penal, porém menos gravosas para os direitos individuais em jogo, os crimes de perigo abstrato serão contrários aos princípios da subsidiariedade e da ofensividade e, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade. Meros ilícitos que são objeto de responsabilização jurídica eficaz por meio do Direito Civil ou do Direito Administrativo tornam desnecessária a intervenção do Direito Penal, que deve operar apenas como *ultima ratio*.

Por fim, no último nível de intensidade, deve se analisar a proporcionalidade em sentido estrito:

[...] deverá ser verificado se a restrição a direitos fundamentais como resultado da incriminação de comportamentos perigosos em abstrato pode manter uma relação de proporcionalidade com a proteção do bem jurídico em questão alcançada pela medida normativa de caráter penal. Em outros termos, quanto maior for a intervenção penal em direitos fundamentais dos afetados, maior deverá ser a efetiva proteção do bem jurídico por ela almejada.

Enfim, o que Gilmar Mendes propõe nada mais é do que a análise dos crimes de perigo abstrato a luz dos princípios constitucionais penais, assim como foi exposto no presente trabalho.

Nesse exercício de verificação da constitucionalidade dos tipos ambientais elencados na Lei 9.605/98, mostrou-se adequada a adoção dos modelos de perigo abstrato em determinados casos, como no tráfico de animais (artigo 29, inciso III).

Por outro lado, em diversos tipos penais (como os dos artigos 38, 38-A, 44, 46, 51, 52), o legislador ignorou, maliciosamente ou não, os preceitos constitucionais, antecipando de forma desastrosa a intervenção do Direito Penal.

Diversas são as hipóteses na Lei dos Crimes Ambientais em que as sanções administrativas e civis se mostraram suficientes para a repressão dos comportamentos descritos nos tipos e, em outras, ausente nas condutas incriminadas a aptidão de vulnerar o bem jurídico ambiental.

Portanto, a maior preocupação está na patológica criminalização promovida pelo legislador em 1998, em que a falta de boa técnica, resultou em incoerências e dispositivos inconstitucionais, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

8 PROPOSTAS DE REFORMA AO MODELO ATUAL DE PROTEÇÃO PENAL AO BEM JURÍDICO AMBIENTAL

Com efeito, à luz das imperfeições contidas na Lei 9.605/98, mister se faz a elaboração de uma legislação penal ambiental mais adequada aos ditames da Constituição Federal de 1988, que proteja, de forma técnica e racional, o meio ambiente, inclusive diante dos novos riscos.

Vale frisar que é uma tendência moderna a integração dos tipos penais ambientais no Código Penal (Codificação do Direito Penal), tendo em vista que muitos países, como o Brasil, adotaram a tipificação por meio de leis esparsas, denominada legislação de tipo mosaico, criando-se até mesmo um microssistema, com princípios e regras próprias.

Diante desse contexto, os Senadores da República, em 10 de agosto de 2011, aprovaram a criação da Comissão de Juristas para a elaboração de Anteprojeto de Código Penal, adequado aos ditames da Constituição de 1988 e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco.

Conforme consta no requerimento de constituição e no relatório final¹¹² apresentado por essa Comissão, esta teve a tarefa de atualizar o Código Penal, sendo “imprescindível uma releitura do sistema penal à luz da Constituição, tendo em vista as novas perspectivas normativas pós-88”. Da mesma maneira: “o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desencontradas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores”.

Estabeleceu, assim, essa Comissão Especial Externa do Senado Federal, como tarefas: a) modernizar o Código Penal; b) unificar a legislação penal esparsa; c) estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a

¹¹² Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>>. Acesso em: 20 de jul. 2013.

Constituição de 1998, descriminalizando condutas e, se necessário, prevendo novas figuras típicas; d) tornar proporcionais as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa; e) buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal¹¹³.

O Anteprojeto de Código Penal elaborado por essa Comissão originou o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, ainda em trâmite no Congresso Nacional¹¹⁴, e elenca os crimes contra o meio ambiente no Capítulo I, do Título XIV (Crimes Contra Interesses Metaindividuais), da Parte Especial. Esse capítulo encontra-se dividido em cinco seções e é composto pelos artigos 388 a 426¹¹⁵.

Na exposição de motivos dos crimes contra o meio ambiente, o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro José Muiños Piñeiro Filho¹¹⁶ esclarece que, por sua dignidade e relevância em matéria penal, a Comissão optou por incluir no Código Penal os delitos contra o meio ambiente, apesar de reconhecer que a matéria ambiental se apresenta como um microsistema com características próprias.

Consta ainda na exposição de motivos que a Comissão entendeu que, em razão do seu amadurecimento legislativo, a Lei 9.605, de 1998, deve ser mantida “na sua quase integralidade, seja pela qualidade, profundidade e mesmo pela técnica legislativa adotada, apenas adequando algumas sanções e pequenas modificações nas condutas definidas ao que os novos tempos passaram a exigir, com destaque para os crimes contra os animais, merecedores [...] de uma nova e rigorosa criminalização”.

A nosso ver, tendo em vista toda a pesquisa exposta neste trabalho, absolutamente equivocada o entendimento da Comissão de que a legislação penal ambiental não precisa ser reformulada profundamente.

Vale dizer, a comissão deixou de lado a deliberação de um dos temas que mais requer atualização e adequação às necessidades da sociedade e limitou-

¹¹³ Vide página 3 do relatório final da Comissão.

¹¹⁴ Para acompanhamento da tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 20 de jul. 2013.

¹¹⁵ O artigo 543 do Anteprojeto de Novo Código Penal revoga expressamente a Lei nº 9.605/98.

¹¹⁶ Vide página 406 do relatório final da Comissão.

se a praticamente reproduzir a Lei 9.605/98, sem sequer corrigir as impropriedades elencadas no item anterior deste trabalho científico¹¹⁷.

Exemplificando a parca mudança proposta no Anteprojeto, os crimes contra a fauna são basicamente os mesmos daqueles previstos nos artigos 29 a 36 da Lei 9.605/98, propondo a Comissão tão somente o aumento significativo da pena cominada para inibir esse tipo de criminalidade.

A Comissão propõe um acréscimo ao inciso II do atual §1º do artigo 29, para especificar que a modificação, o dano ou destruição do ninho, abrigo ou criadouro natural se refere às espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, omissos no texto vigente.

A Comissão especificou que a guarda doméstica de um único exemplar de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção permite a não aplicação da pena (§ 2º); corrigiu a redação do atual artigo 30 para afastar o pleonasma e, quanto ao conteúdo, ampliou os bens tutelados e puniu com maior rigor a intenção de obtenção de lucro no cometimento do crime e o objetivo de exportação dos bens protegidos.

No que se refere ao abuso e aos maus-tratos de animais, a Comissão propôs uma repressão com maior vigor, inclusive se ocorrer lesão, mutilação ou morte do animal. Criminaliza o transporte de animais quando em condições inadequadas ou que coloque em risco sua saúde ou integridade física; o abandono de animais; a omissão na prestação de assistência ou socorro, quando possível fazê-lo¹¹⁸; e, também, a promoção, o financiamento, a organização e a participação em confronto entre animais de que possa resultar lesão, mutilação ou morte.

Em relação à tutela da fauna aquática, propõe-se o aumento de pena para o causador do perecimento das espécies de fauna aquática, em decorrência de atos poluentes. Foi incluído o inciso IV ao parágrafo único do artigo 33 que se refere à utilização de substâncias tóxicas para limpeza de embarcações e que causam dano ao meio ambiente. Criminalizou a pesca e qualquer molestamento de cetáceos

¹¹⁷ Para melhor visualizar as diferenças entre a Lei 9.605/98 e o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal), vide o Quadro comparativo, disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=114750&tp=1>>. Acesso em: 20 jul. 2013.

¹¹⁸ Vale salientar a falta de proporcionalidade das penas: se o agente não prestar socorro a um animal, a pena é de um ano; se deixar de prestar assistência a uma criança ferida, a pena é de um mês.

(golfinhos, botos e baleias) em águas territoriais brasileiras, incluindo no Código o crime previsto na Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987¹¹⁹.

As dirimentes previstas no artigo 37¹²⁰, a Comissão entendeu que a Parte Geral do Código Penal já as inclui.

No tocante aos crimes contra a flora, acrescentou-se ao artigo 38 a conduta de impedir a regeneração natural e a proteção às matas e selvas. Revogou-se o artigo 39 por estar a conduta nele descrito inserida nos danos às florestas, matas ou vegetação. Na hipótese da provocação de incêndio em matas ou florestas, aumentou-se a pena máxima. Aumentou-se a sanção dos artigos 44 e 46 e foi acrescentado ao artigo 44 possibilidade de redução da sanção. Foi acrescentada ao artigo 45 a madeira encontrada em restingas e caatingas. No artigo 49, houve a exclusão dos verbos imprecisos lesar e maltratar. Substituiu-se a expressão plantas pelo vocábulo vegetação. Houve a exclusão da expressão vegetação ornamental em propriedade alheia, pois a conduta está punida no crime de dano, bem como a revogação do parágrafo único que prevê a possibilidade de dano culposos.

Em razão das dúvidas que o atual §3º do artigo 54 suscitam, a Comissão propõe a sua supressão. Ampliou-se a punição do atual artigo 55 e incluiu-se um §2º para a hipótese da atividade ocorrer em área indígena. Ao artigo 56 e os incisos I e II de seu §1º, acrescentou-se as expressões licença ou autorização. A omissão à expressão fauna contida no inciso I do atual artigo 58 é corrigida. Propõe-se a retirada da parte final do artigo 60 para a coerência do sistema, restringindo a tipicidade apenas ao funcionamento sem licença, e acréscimo de um parágrafo único para atos omitentes em relação à prevenção.

De forma equivocada, os crimes contra a Administração Ambiental foram mantidos, sendo reproduzida a conduta criminosa tipificada no atual artigo 67 sem qualquer alteração, e no artigo 69-A. Já os crimes previstos nos atuais artigos

¹¹⁹ Art. 1º da Lei nº 7.643/87: “Fica proibida a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras”. Esse artigo é repudiado pela doutrina por violar a taxatividade, proporcionalidade e intervenção mínima (MARCÃO, 2013, p. 80).

¹²⁰ Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

- I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;
- II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;
- III - (VETADO)
- IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

66, 68 e 69 encontram-se previstos nos crimes contra a Administração Pública, propostos no anteprojeto.

Portanto, arremata-se que a proposta da Comissão de Juristas deixou muito a desejar e pouco inovou em relação à legislação penal ambiental em vigor. Assim, a oportunidade de se deliberar e elaborar uma legislação mais adequada e eficaz foi novamente postergada. Aguardam-se assim novas iniciativas no Congresso Nacional.

9 CONCLUSÃO

O presente estudo, no tocante à legitimidade dos delitos de perigo abstrato, concluiu que, a princípio, eles não ofendem os princípios da proporcionalidade, culpabilidade, intervenção mínima e da exclusiva proteção de bens jurídicos, entretanto devem ser objeto de controle de constitucionalidade.

Após a análise exaustiva dos crimes ambientais da Lei nº 9.605/98, constatou-se que a tipologia de perigo abstrato é uma técnica legislativa necessária para proteção do peculiar bem jurídico ambiental. Todavia, por vezes, os crimes ambientais foram formulados com total inobservância dos princípios penais analisados.

Por consequência, os crimes de perigo abstrato devem ser objeto de rigoroso controle de constitucionalidade, principalmente por meio do aplicador do Direito posto, a luz dos princípios constitucionais penais, assim como foi exposto no presente trabalho.

Arrematou-se que a principal preocupação está na inadequada criminalização promovida na Lei Penal Ambiental de 1998, em que a falta de boa técnica, resultou em incoerências e dispositivos inconstitucionais, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

A pesquisa também ressaltou que a Comissão de juristas responsáveis pelo Anteprojeto de Código Penal em pouco inovou e limitou-se a praticamente reproduzir a Lei nº 9.605/98, sem sequer atualizar e corrigir as impropriedades apontadas neste trabalho científico.

Por fim, concluiu-se que os crimes de perigo abstrato são uma tendência no estágio atual da sociedade, porém mister se faz a elaboração de uma legislação penal ambiental mais adequada aos ditames da Constituição Federal de 1998, que proteja, de forma técnica, sistemática e racional, o meio ambiente.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 de jul. 2013.

BRASIL. Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 23 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 17 de jul. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 de jul. 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 09 de jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 06 de jul. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 04 de jul. 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 236**, de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 05 de jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº 34322 RS 1993/0011051-9. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Data de Julgamento: 01/06/1993. Sexta Turma. Data de Publicação: DJ 02.08.1993 p. 14295 JTARS vol. 87 p. 404 RCJ vol. 60 p. 166 REVJUR vol. 193 p. 102. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199300110519&dt_publicacao=02-08-1993&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 84412 SP. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 19/10/2004. Segunda Turma. Data de Publicação: DJ 19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP-00963. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 102087 MG. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 28/02/2012. Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 EMENT VOL-02657-01 PP-00068. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 104410 RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 06/03/2012. Segunda Turma. Data de Publicação: acórdão eletrônico DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus** nº 88880 SC. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 05/06/2006. Data de Publicação: DJ 09/06/2006 PP-00050. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC%24%2ESCLA%2E+E+88880%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tintiny.com/cvu43sf>>. Acesso em: 06 jul. 2013.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral: fato punível**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. II.

BUGALHO, Néelson Roberto. **Sociedade de Risco e Intervenção do Direito Penal na Proteção do Ambiente**. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Nelson%20Roberto%20Bugalho/sociedade%20de%20risco.pdf>>. Acesso em: 03 de jul. 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Obras completas**. Lima: ARA ed., 2004. 2 t.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A falácia do denominado “crime de perigo abstrato de perigosidade real”**. Mar. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/03/25/a-falacia-do-denominado-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>>. Acesso em: 09 de jul. 2013.

CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003-2010. V4.

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal espanol** : parte general. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999-2005. 3 t.

_____. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo. **Obras completas**. Lima: ARA ed., 2006. 2 t.

COSTA, Álvaro Mayrinke da. **Direito penal: parte geral**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal ecológico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

CUNHA, Rogério Sanches. Você já ouviu falar de “crime de perigo abstrato de perigosidade real”? **Atualidades do Direito**. Mar. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2013/03/21/voce-ja-ouviu-falar-de-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>>. Acesso em: 09 de jul. 2013.

D'AVILA, Fabio Roberto. **O ilícito penal nos crimes ambientais**: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de Perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n. 67, páginas 29/58, mês jul/ago 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza:** (de acordo com a lei 9.605/98). 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.** 2. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. **Crimes contra o meio ambiente:** responsabilidade e sanção penal. 2. ed., aum. e atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal:** não há crime sem lesão ou bem jurídico (nullum crimen sine iniuria), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 116 p. (As ciências criminais no século XXI)

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís. **“Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato:** Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n. 49, páginas 89/ 147, mês jul/agosto 2004.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 3. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal:** decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v 1. t II.

_____. **Comentários ao código penal.** 6ª ed. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v 1.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARCÃO, Renato. **Crimes ambientais**: anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da lei n. 9.605, de 12-2-1998 . 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 602 p. ISBN 9788502182844

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. São Paulo: Método, 2008.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 5. ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Código penal comentado**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008. 206 p.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**: anotações a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da lei 11.105/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v 1.

_____. **Comentários ao código penal**: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, RT, n. 50, páginas 133/ 158, mês abril/junho 2008.

_____. **Direito penal do ambiente**: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da lei 11.105/2005). 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. **A lei hedionda dos crimes ambientais**. *Folha de São Paulo*, 6 abr. 1998, p. 3. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz06049809.htm>>. Acesso em: 05 jul. 2013.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Jesús Ma. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**: breves considerações atinentes a Lei n.9.605 de 12 de fevereiro de 1998. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

STONOGA, Andreza C. **Tutela inibitória ambiental**: a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Vers%C3%A3o-final-da-Untermassverbot-08-07-art-33-1.pdf>>. Acesso em: 08 de jul. 2013.

SZNICK, Valdir. **Direito penal ambiental**. São Paulo: Ícone, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.