

TUTELA PENAL PREVENTIVA DO MEIO AMBIENTE E A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO*

Caroline de Melo Lima Gularte**

Resumo: O aparecimento de novos interesses suscitados pela chamada “sociedade de riscos” trouxe grandes implicações na seara penal. Nesse contexto, emerge a necessidade de proteção de bens jurídicos ambientais, fundamentais para a própria sobrevivência humana. Várias teorias surgiram para examinar a intervenção do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos ambientais. Nesse sentir, surge a problemática da aplicação dos crimes de perigo abstrato, como meio de se garantir uma tutela penal preventiva do meio ambiente, observando-se os princípios ambientais da prevenção e da precaução. Para alguns autores, a previsão desses tipos penais são inconstitucionais, enquanto para outros, a criminalização de condutas de perigo abstrato atenderiam às peculiaridades do bem jurídico ambiental. Destarte, examinar-se-á a necessária aplicação dos crimes de perigo abstrato para a tutela penal do meio ambiente, num Estado Democrático de Direito que produz riscos incessantemente e, por vezes, irreversíveis e irreparáveis.

Palavras-chave: Tutela penal ambiental. Princípios constitucionais. Sociedade de risco. Bem jurídico coletivo. Crimes de perigo. Necessidade de crimes de perigo abstrato.

Abstract: The appearance of new interests raised by “risk society” brought big implications in the penal environment. In this context, there emerges the need for legal protection of environmental assets. Several theories arose for examine the intervention of the Penal Right for the protection of environmental legal property. In that tuning fork, arises to problematic of the application of the crimes of abstract danger, as environment of be guaranteed a preventive penal guardianship of the environment, observing itself the environmental beginnings of the prevention and of the precaution. For some authors, the forecast of those penal kinds are unconstitutional, while for others,

* Este artigo baseia-se em monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito, sob a orientação do Prof. Eladio Lecey.

** Advogada. Pós-graduada em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

the criminalization of conducts of abstract danger would attend to the peculiarities of the well legal environmental. Therefore, will examine itself to necessary application of the crimes of abstract danger for the penal guardianship of the environment, in a Democratic State of Right that produces risks incessantly and, for times, irreversible and irreparable.

Keywords: Guardianship criminal environmental. Constitutional beginnings. Risk society. Well legal collective. Crimes of danger. Abstract danger crimes need.

Sumário: Introdução. 1. Direito Penal numa sociedade de risco: a proteção de bens jurídicos coletivos. 2. O meio ambiente como novo bem jurídico penal. 3. A tutela penal (preventiva) do meio ambiente e a criminalização de condutas de perigo abstrato. 4. A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato e sua conformação com os princípios jurídico-penais. 5. Fundamentos da necessidade de utilização dos crimes de perigo abstrato para a tutela penal do meio ambiente. 6. Considerações finais.

Introdução

O surgimento da “sociedade de risco”, em que a produção social de riquezas vem acompanhada pela produção social de riscos, impõe grandes discussões no que tange à intervenção do Direito Penal para tutelar os novos interesses que apareceram com os novos riscos.

Essa temática anuncia um novo catálogo de interesses a serem protegidos, os interesses coletivos. Diferentemente daqueles de caráter meramente individual (provindos de um Direito Penal liberal), esses novos bens jurídicos coletivos, de caráter difuso, trazem problemas gravosos ao Direito Penal.

Posições conservadoras afirmam que o Direito Penal não serve para atuar no enfrentamento dos novos riscos provenientes da sociedade moderna, admitindo-se apenas a intervenção penal na forma do modelo liberal, calcado na proteção de bens jurídicos individuais e em critérios de imputação estritamente individuais.

Nesse contexto, não se poderia contar com o Direito Penal para a proteção desses bens jurídicos de caráter difuso, sob pena de se obter uma resposta meramente simbólica para responder a esta sociedade de incertezas e inseguranças.

Para alguns doutrinadores, tendo em vista que a missão do Direito Penal é garantir a proteção de bens jurídicos e também prevenir a incidência de normas jurídico-penais, faz-se mister o trânsito do delito de resultado clássico até o moderno delito de perigo abstrato, pois não se pode ir contra a modernização do Direito Penal, ignorando as condições impostas pela sociedade moderna.

Desta feita, para os conservadores, a previsão de crimes de perigo abstrato para a tutela penal do meio ambiente seria inconstitucional, pois referido tipo penal fere os princípios da legalidade, ofensividade e do Direito Penal como ultima ratio.

Outros posicionamentos afirmam que a antecipação da tutela penal, através da previsão de crimes de perigo abstrato, estaria plenamente justificada pelo simples fato de que não se pode esperar a ocorrência de um dano, por vezes irreparável ou irreversível ao meio ambiente, bem jurídico de extrema importância para a própria sobrevivência humana.

Sem seguir posições extremistas, existem aqueles que acreditam ser necessária uma adequação do paradigma penal atual aos novos problemas da “sociedade de risco”, sem que seja necessária a elaboração de novas políticas criminais. Assim, a tutela desses novos interesses deve continuar a ser feita, subsidiariamente, por meio do Direito Penal.

1 Direito penal numa sociedade de riscos: a proteção de bens jurídicos coletivos

O avanço das tecnologias e a produção de riquezas culminaram, sistematicamente, na produção social de riscos. O novo paradigma da dita “sociedade de risco” é saber como se pode evitar ou canalizar os riscos e perigos que foram produzidos sistematicamente no processo avançado da modernização, de tal modo que não obstaculizem o processo de modernização, nem ultrapassem os limites do suportável.¹

Os riscos são o produto histórico, a imagem refletida das ações humanas e de suas omissões. Com a sociedade de risco, a “autoprodução” das condições de vida social se convertem em problema e tema.²

O homem aprendeu a se proteger dos perigos da natureza, mas ainda está indefeso perante suas próprias ameaças.³ De acordo com Pierpaolo Cruz Bottini,⁴ as descobertas de novas tecnologias e a intensidade do progresso da ciência, não foram seguidas de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Segundo o autor:

Do descompasso entre o surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social. O risco torna-se figura crucial para a organização coletiva, passa a compor o núcleo da atividade social, passa a ser sua essência. Surge a sociedade de riscos.

¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25-26.

² BECK, Ulrich, op. cit., p. 25-26.

³ BECK, Ulrich, op. cit., p. 13.

⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, p. 54, jul./ago. 2006, p. 48.

As novas dimensões de risco desequilibram a ordem social e econômica da sociedade, impondo discussões sobre Direito Penal e Política Criminal.⁵

Nesse sentido, Figueiredo Dias afirma a existência de um paradigma penal que nos acompanha: será necessária a existência de uma “nova política criminal” e de uma “nova dogmática jurídico-penal?” Segundo o autor:

Haverá no horizonte sinais da necessidade de uma nova revolutio nas concepções básicas, nomeadamente no que toca ao modo de produção da legislação penal, à função deste ramo de direito no sistema social e às finalidades a assinalar à aplicação dos seus instrumentos naturais, as penas e as medidas de segurança?⁶

A “sociedade de risco”, por ser essencialmente tecnológica e global, onde a ação humana produz riscos também globais, anuncia um catálogo de novos interesses a serem protegidos, diferentemente daqueles bens meramente individualistas, provenientes de um Direito Penal liberal, fazendo emergir, desta feita, problemas novos ao Direito Penal.⁷

Esses novos interesses coletivos, bens jurídicos coletivos, na opinião de Luiz Regis Prado:

São característicos de uma titularidade não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade; supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.⁸

De acordo com o autor, a sociedade atual assumiu um perfil em que novos riscos são criados como consequência de altas tecnologias, necessitando a intervenção do Direito Penal, com o fim de assegurar a proteção desses bens jurídicos e enfrentar essas novas situações de perigo.⁹

Os interesses coletivos exigem em regra uma tutela antecipada do bem jurídico, trazendo à baila a questão dos crimes de perigo. Pelas próprias características dos delitos praticados contra bens jurídicos coletivos, vê-se que estes devem ser tipificados como delitos de perigo abstrato.¹⁰

Para esses novos riscos que ameaçam as gerações futuras e que suscitam ao Direito Penal novos interesses, “não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado.”¹¹ Figueiredo Dias salienta que, para tanto, seria necessária uma nova dogmática jurídico-penal:

⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 48.

⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 157.

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 158.

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

⁹ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 106.

¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 159.

Como poderão os “novos” ou grandes riscos – que ameaçam grupos indeterminados de pessoas, quando não a generalidade delas ou mesmo a humanidade no seu todo, e têm origem em atuações profundamente diversificadas no espaço e no tempo, ocasionadas no âmbito de uma acentuadíssima repartição de funções, de tarefas e de competências – ser contidos ou obviados por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípuo e cujo objeto de tutela seja constituído por bens jurídicos individuais reais e tangíveis (e portanto “atuais”), quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima?¹²

Prossegue o autor afirmando que deve prevalecer a atribuição às penas e medidas de segurança criminais de finalidades exclusivamente preventivas, nomeadamente de prevenção geral e especial positiva, elevando a proteção de bens jurídicos não só individuais, mas também sociais.¹³

Não se podem deixar condutas socialmente gravosas (que colocam em risco a dignidade da pessoa humana, a própria existência de vida do planeta, a solidariedade com as gerações presentes e as futuras), à margem de tutela penal.¹⁴

Numa posição conservadora, está a chamada Escola de Frankfurt. Afir-mam que o Direito Penal não deve atuar sobre os novos riscos provenientes da sociedade moderna, admitindo apenas a intervenção penal na forma do modelo liberal, calcado na proteção de bens jurídicos individuais e em critérios de imputação estritamente individuais.¹⁵

De acordo com Winfried Hassemer, penalista da Escola de Frankfurt, a sociedade moderna do risco trouxe grandes problemas aos quais não se podem fechar os olhos, devendo ser observados minuciosamente. No entanto, procura afastar o Direito Penal das questões do risco:

Se tentarmos solucionar esses problemas não teremos êxito e o máximo que conseguiremos será destruir o Direito Penal ao eliminarmos seus princípios fundamentais. Retirando as garantias do Direito Penal eliminaremos a sua potência protetora jurídica e teremos instrumentos que não servirão para nada, porque estarão mal localizados e por isso sugiro que se reflita sobre outras reações de direito.¹⁶

O autor ressalta duas razões relevantes que o levam a considerar que o Direito Penal não é adequado para tratar desse tipo de questão:

À primeira razão, seguindo a terminologia consagrada, vou chamar de acessoriedade administrativa (*Verwaltungsakzessorietat*). Quer isto dizer que o direito penal não intervém autonomamente, antes fica na dependência do direito administrativo [...], passando a depender, para a demarcação das respectivas fronteiras, da intervenção da Administração. A segunda razão diz respeito à imputação da respon-

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 160.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 178.

¹⁴ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 78.

¹⁵ FERNANDES, Paulo Silva, op. cit., p. 74.

¹⁶ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 51, out./dez. 1994, p. 31-33.

sabilidade criminal. [...] não podemos abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais. [...] deveríamos nos convencer de que a imputação de responsabilidades individuais é imprescindível no direito penal e qualquer concessão a esse respeito inaceitável. [...] no afã de tudo querer simplificar, em nome da eficácia da persecução penal, é a própria dignidade do direito penal que é sacrificada.¹⁷

Nessa seara, Hassemer prossegue sugerindo a criação de um novo direito: o direito de intervenção. De acordo com o autor, esse novo ramo de direito deve conter os seguintes elementos: “direito penal; fatos ilícitos civis; contravenções; direito de polícia; direito fiscal; medidas de matiz econômico e financeiro; planejamento do território; proteção da natureza; direito municipal.”¹⁸

O “direito de intervenção” teria como principais características: a atuação prévia à consumação dos riscos, possuindo um caráter preventivo, ao contrário do Direito Penal que é direito repressivo; a admissão de imputação de responsabilidades coletivas, desde que as penas privativas de liberdade não integrem o rol das sanções aplicáveis; a disposição de um catálogo de sanções rigorosas; a atuação global do direito de intervenção; a previsão de soluções inovadoras que garantam a obrigação de minimizar os danos.¹⁹

Conclui o autor no sentido de que não se pode contar com o Direito Penal para a proteção desses novos interesses suscitados pelos novos riscos.²⁰

Para Cornelius Prittwitz, outro seguidor da Escola de Frankfurt, o Direito Penal é visto como um risco na medida em que se converte em um “direito penal do risco”, pois pela ótica da sociedade de risco, o Direito Penal recebe a função de um eminente instrumento de prevenção, recebendo o Direito Penal uma função meramente simbólica para responder a esta sociedade de inseguranças.²¹

Além das propostas acima examinadas, importa ressaltar as considerações de Silva Sánchez acerca da “expansão do direito penal”.

De acordo com Sánchez, na sociedade de risco verifica-se uma forte tendência à expansão do Direito Penal, que culmina nos seguintes aspectos: o surgimento de novos bens jurídicos; o aparecimento de novos riscos jamais imaginados; a sensação social da insegurança; o surgimento de uma nova sociedade de “sujeitos passivos” (pelo fato de que nessa sociedade há um domínio de sujeitos pacientes mais do que agentes); a difusão social dos efeitos dos delitos;

¹⁷ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 31-33.

¹⁸ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 33-34.

¹⁹ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 34-35.

²⁰ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 35.

²¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, 2004, p. 82.

o descrédito de outras instâncias de proteção (o Direito Penal é reconhecido pela sociedade como o único recurso eficaz para a proteção de determinados bens jurídicos de maior importância).²²

Silva Sánchez propõe um “Direito Penal de duas velocidades”, com regras de imputação e princípios de garantia que funcionem a dois níveis de intensidade, já que para este autor existem dois grandes blocos de ilícitos: ilícitos para os quais se comina pena privativa de liberdade, e outro englobando o restante das sanções não privativas de liberdade.²³

Isso resultaria num Direito Penal dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, com um âmbito lateral especificamente dirigido à proteção dos novos riscos, em que os princípios de Direito Penal clássico seriam amortecidos ou mesmo transformados, cedendo lugar a outros princípios de flexibilização controlada, calcados na proteção antecipada de bens jurídicos coletivos, onde não há tempo, autores, espaços ou vítimas definidas ou definíveis, ocasionando, desta feita, uma menor intensidade garantística.²⁴

Após o exame das teorias sobre o Direito Penal na sociedade de risco, passa-se a examinar a questão do meio ambiente como novo bem jurídico penal, cuja proteção se faz necessária e imprescindível devido à importância do bem jurídico em tela.

2 O meio ambiente como novo bem jurídico penal

A indubitável importância do meio ambiente como objeto de proteção e a crescente gravidade dos ataques que sofre, assim como o fracasso do resto do ordenamento jurídico para protegê-lo adequadamente, desembocou na intervenção penal na seara ambiental.²⁵

Releva notar que não é suficiente que um bem possua relevância social para vir a ser tutelado pelo Direito Penal, é necessário que estejam esgotados todos os outros meios de defesa menos lesivos.²⁶

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27-62.

²³ FERNANDES, Paulo Silva, op. cit., p. 79.

²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 171.

²⁵ GOENAGA, Javier Camilo Sessano. *La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de su tratamiento jurídico*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Madrid, n. 4-11, p. 14-23, 2002.

²⁶ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 111.

Nas palavras de Francisco de Assis Toledo:

Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais. Não se deve, entretanto – e esta é uma nova consequência do já referido caráter limitado do direito penal – supor que essa especial proteção penal deva ser abrangente de todos os tipos de lesão possíveis. [...] protegem-se, em suma, penalmente, certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão.²⁷

Tendo em vista o nível a que foi elevado o meio ambiente pela Constituição Federal de 1988, não há que se discutir a respeito da legítima criminalização de condutas que agridam ou atentem contra ele.²⁸

Sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental de todos, de acordo com Gilberto Passos de Freitas:

[...] podemos afirmar que o meio ambiente, como bem jurídico protegido da tutela penal, passa pela sua consideração como bem difuso, material ou imaterial, supra-individual, que abrange a vida, a saúde, da presente e das futuras gerações, o patrimônio e outros interesses, inclusive não humanos.²⁹

Existem três teorias sobre os bens jurídicos ambientais. A primeira, a teoria antropocêntrica, afirma que os bens jurídicos ambientais são bens jurídicos humanos, sendo o indivíduo, titular de bens jurídicos ambientais, o único sujeito passivo dos crimes cometidos contra o ambiente; a teoria ecocêntrica assevera que o meio ambiente deve ser compreendido como um fim em si mesmo, justificando-se a intervenção penal independentemente de qualquer relação com o homem, pois a natureza merece ser tutelada de forma autônoma pelo Direito Penal; para a teoria antropocêntrica-ecocêntrica, o meio ambiente possui um valor em si mesmo, existem bens jurídicos ambientais autônomos, mas deve-se ter como referência o ser humano, que tem responsabilidade não só com a natureza, mas também com as futuras gerações.³⁰

Segundo Sporleder de Souza, o meio ambiente e a coletividade apresentam-se como titulares de bens jurídicos relacionados a crimes ambientais. O autor filia-se à teoria antropocêntrica-ecocêntrica, para dizer que o meio am-

²⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 17.

²⁸ FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 110.

²⁹ FREITAS, Gilberto Passos de, op. cit., p. 112.

³⁰ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 270-72.

biente é co-titular de certos bens jurídicos difusos, porque sua titularidade é compartilhada com outros dois sujeitos passivos: a coletividade e a humanidade.³¹

Conforme refere o autor:

[...] o meio ambiente, ao lado da coletividade e da humanidade, merece ser considerado sujeito passivo dos crimes ambientais e, conseqüentemente, portador ou titular (e coincidentemente objeto material) de determinados bens jurídicos ambientais ou ecológicos, mas não exatamente como bem jurídico, como supõe grande parte da doutrina.³²

No mesmo sentido é a lição de Luiz Regis Prado:

[...] o ambiente – entendido como o conjunto dos elementos naturais essenciais para a vida e o desenvolvimento do homem – não se confunde com os demais bens jurídicos individuais ou supra-individuais protegidos pelo Direito Penal (v.g., saúde pública, urbanismo, integridade corporal, propriedade). É portador de substantividade ou textura própria, sendo vital em si mesmo como bem jurídico metaindividual sistematicamente autônomo. Além do assentir constitucional, sua conservação e manutenção é primordial ao ser humano, seja no que pertine às suas necessidades existenciais, seja no que se refere ao seu desenvolvimento pessoal e social.³³

Vê-se que a inserção da tutela ambiental no âmbito do Direito Penal ocasiona uma verdadeira desestruturação de ordem dogmática. Sendo o bem ambiental um bem jurídico complexo, faz-se necessário adequá-lo aos princípios que norteiam o ordenamento jurídico penal.³⁴

Caracterizando-se o meio ambiente como bem jurídico penal, faz-se mister o estudo dos crimes de perigo, essencialmente os crimes de perigo abstrato, haja vista que, de acordo com alguns autores, os novos e grandes perigos da sociedade pós-industrial exigem uma “antecipação da tutela penal”, de caráter material, para a efetiva proteção do bem jurídico ameaçado.

3 A tutela penal (preventiva) do meio ambiente e a criminalização de condutas de perigo abstrato

Nos crimes de perigo concreto se pressupõe a afirmação do perigo no caso concreto *a posteriori*, enquanto nos delitos de perigo abstrato, o perigo já é definido *a priori*.³⁵

³¹ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de, op.cit., p. 273.

³² SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de, op.cit., p. 246.

³³ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 131-132.

³⁴ ANTONIOLI, Roberta. *A proteção da natureza na sociedade punitiva*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 7, n. 24, 2007. p. 160.

³⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72.

No momento em que o legislador tipifica o perigo abstrato, parte de uma determinada conduta considerada, por si só, como lesiva ou potencialmente perigosa ao meio ambiente, descrevendo-a na norma penal como conduta criminosa.³⁶

Na lição de Claus Roxin, delitos de perigo abstrato são aqueles em que se castiga uma conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha que se haver produzido um resultado. Portanto, o motivo do legislador é evitar que o perigo se concretize, sem que a sua ocorrência seja requisito do tipo.³⁷

Os crimes de perigo abstrato marcam os tipos penais ambientais na moderna tutela penal. Na previsão de crimes de perigo abstrato, antecipa-se a proteção do meio ambiente, reprimindo condutas preparatórias, haja vista que a mera ocorrência da conduta descrita no tipo já presume inequívoca situação de perigo para o bem jurídico tutelado.³⁸

De acordo com Paulo José da Costa Jr.:

Nos tempos hodiernos, a tendência é antecipar a proteção do ambiente natural, do momento do dano ao momento do exercício da atividade perigosa aos bens ecológicos, quando não do instante da simples detenção ou produção de substâncias poluentes. A atenção do legislador tem sido cada vez maior nesse sentido, obcecada que se acha pela necessidade de prevenir o fenômeno, reprimindo as condutas preparatórias. Afastam-se os crimes ecológicos, conseqüentemente, sempre mais da lesão efetiva do bem jurídico, para construir uma linha avançada de defesa contra poluição.³⁹

Nesse sentido, vale ressaltar que a poluição de qualquer natureza, prevista no artigo 54 da Lei 9605/98,⁴⁰ Lei dos Crimes Ambientais, é crime de perigo abstrato. O crime de poluição se consuma com o surgimento da situação de perigo. Na primeira parte do tipo, a consumação independe de qualquer resultado da ação do agente, portanto, é crime de perigo abstrato. Vale ressaltar que, na segunda parte do tipo, ou seja, “danos à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora”, o crime é de dano.⁴¹

³⁶ CRUZ, Ana Paula Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 42, p. 9, abr./jun. 2006, p. 17.

³⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Madrid: Civitas, 2006. v. 1: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, p. 407.

³⁸ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 47.

³⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 79.

⁴⁰ BRASIL. Artigo 54, caput da Lei 9605/98: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.”

⁴¹ FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 198-200.

Em tipos como o crime de poluição, o crime ambiental apresenta uma característica de “crime-obstáculo”, ou seja, espécie de ilícito penal que se constrói em volta de uma conduta finalisticamente orientada para a prática de outro crime mais grave.⁴²

Além disso, importa salientar que dada a natureza caótica dos fenômenos ambientais, qualquer exigência de prova de perigo concreta estaria fadada ao fracasso, tendo em vista que nunca haverá um grau de probabilidade próximo da certeza necessária para condenação, que um certo fato comporta perigos para o meio ambiente.⁴³

Conforme Paulo de Sousa Mendes:

Outra questão é a de saber se é legítimo utilizar a técnica da tipificação própria dos crimes de perigo abstracto (designadamente, perigo abstracto potencial), mormente neste domínio, por muito que nos tenhamos habituado a assistir ao uso reiterado que o legislador dela faz, sobretudo para a tutela de bens jurídicos supra-individuais. São sobejamente conhecidas as reservas postas ao emprego desta técnica legislativa.⁴⁴

Vale ressaltar que, segundo Javier Goenaga, recorrer a uma super proteção de bens jurídicos difusos, a respeito de crimes de perigo concreto e abstrato, pode representar uma ameaça para os princípios garantistas próprios de um Estado de Direito; princípios político-criminais garantistas como os da subsidiariedade, fragmentariedade, e *ultima ratio*.⁴⁵

Nessa esteira, o item seguinte procura examinar a polêmica aplicação dos crimes de perigo abstrato para a tutela penal do meio ambiente e a sua compatibilização com os princípios penais da legalidade, ofensividade e do Direito Penal como *ultima ratio*.

4 A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato e sua conformação com os princípios jurídico-penais

Muitos autores têm asseverado que a previsão de crimes de perigo abstrato fere os princípios penais da legalidade, ofensividade e do Direito Penal como *ultima ratio*. Assim sendo, referidos crimes estariam marcados pela mácula da inconstitucionalidade.

⁴² COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 79.

⁴³ MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do meio ambiente*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2000. p. 123.

⁴⁴ MENDES, Paulo de Sousa, op. cit., p. 124.

⁴⁵ GOENAGA, Javier Camilo Sessano. La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de su tratamiento jurídico. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, n. 4-11, p. 14-23, 2002, p. 3.

O princípio da legalidade, também conhecido como princípio da reserva legal, ou ainda pela expressão latina *nullum crimen nulla poena sine lege*, constitui “a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.”⁴⁶

De acordo com Nilo Batista:

O princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica [...] além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o princípio garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta na lei.⁴⁷

Conforme Luiz Regis Prado:

Pelo princípio da reserva legal significa que a intervenção penal deve estar disciplinada pelo domínio da lei “stricto sensu” - império da lei, [...], como forma de evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder estatal de punir. [...] o fundamento de garantia da reserva da lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo.⁴⁸

Referido princípio está inscrito no artigo 5º, inciso XXXIX da nossa Lei Maior: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”; bem como no artigo 1º do Código Penal: “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Na lição de Francisco de Assis Toledo:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre os direitos e garantias fundamentais.⁴⁹

Nilo Batista afirma que existem algumas modalidades mais frequentes de violação ao princípio da legalidade pela criação de incriminações vagas e indeterminadas: ocultação do núcleo do tipo; emprego de elementos do tipo sem precisão semântica; tipificações abertas e exemplificativas (este seria o maior perigo para o princípio da legalidade, os chamados tipos penais abertos ou amplos).⁵⁰

Nesse aspecto, para alguns autores, a previsão de crimes de perigo abstrato na seara ambiental fere o princípio da legalidade, pela existência de tipos abertos e vagos.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 65.

⁴⁷ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 67.

⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

⁴⁹ TOLEDO, Francisco de Assis, op. cit., p. 21.

⁵⁰ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 82.

A autora Ana Paula Nogueira da Cruz afirma que o problema que se poderia levantar na tipificação do perigo abstrato com relação à obediência ao princípio da reserva legal, seria o fato de os crimes de perigo, em sua maioria, serem normas penais em branco, podendo “sua esfera de abrangência ser alargada de tal maneira que não pudesse oferecer segurança jurídica.”⁵¹

Entretanto, assevera a autora:

Deve-se evitar uma tipificação tão excessivamente dilargada que não possa atender ao princípio da taxatividade-determinação, corolário do já mencionado princípio da reserva legal. [...] a complexidade da matéria ambiental, cuja tutela reclama o recurso às normas penais em branco como forma de se atender integralmente aos princípios da prevenção e da precaução, aliada à necessária compatibilização do Direito Penal com os valores e princípios postos no texto constitucional, autoriza indubitavelmente a adoção do que Costa Júnior denomina de crime-obstáculo.⁵²

Nesse passo, compreende-se que os crimes contra o meio ambiente devem estar expressamente previstos em lei, evitando-se a utilização de normas penais em branco, mesmo no seu mínimo legal.⁵³

O princípio da ofensividade prevê que somente poderá ser punido o agente que praticar uma conduta que efetivamente lesione direitos de outras pessoas, e não simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral.⁵⁴

O Direito Penal deve servir como instrumento de tutela de bens jurídicos de maior relevância para a pessoa, ressaltando que sua intervenção somente se justifica quando esse bem jurídico for objeto de uma ofensa intolerável, o que implica “repudiar os sistemas penais autoritários ou totalitários, do tipo opressivo ou policialesco, fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais, como os que já historicamente vitimizaram tantos inocentes.”⁵⁵

Na interpretação do princípio da ofensividade, alguns autores afirmam serem os crimes de perigo abstrato inconstitucionais, pois, segundo esse princípio, não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico. Os crimes de perigo abstrato, desta feita, seriam contrários à Constituição.

Vale ressaltar que na opinião de Luiz Flávio Gomes, o fato típico deve observar a adequação gramatical da conduta à letra da lei, bem como só será típico quando o bem jurídico, revelado pela norma, vier a ser concretamente afetado (ou por uma lesão ou por um perigo concreto).⁵⁶

⁵¹ CRUZ, Ana Paula Nogueira da, op. cit., p. 18.

⁵² CRUZ, Ana Paula Nogueira da, op. cit., p. 18.

⁵³ SIRVINSKAS, Luís Paulo, op. cit., p. 25.

⁵⁴ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 91.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 14-15.

⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 18.

Para Ângelo Ilha, os crimes de perigo abstrato não ferem o princípio da ofensividade. Segundo o autor:

Os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência, e, para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador. [...] há que se pensar um direito penal de forma mais atualizada, desprendido do individualismo extremado e voltado tanto para tradicionais quanto novos bens, que, por suas características, só possam ser protegidos de forma eficaz mediante tutela antecipada, que se traduz na adoção de tipos de ilícito de perigo abstrato.⁵⁷

No que concerne ao princípio do Direito Penal como *ultima ratio*, ou princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o Estado não deve recorrer ao Direito Penal e a sua sanção se houver outra possibilidade de garantir a proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos. Assim, o Direito Penal deve somente intervir em casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, elevando a aplicação da pena como *ultima ratio*.⁵⁸

O princípio da intervenção mínima possui duas características: a fragmentariedade e a subsidiariedade. A fragmentariedade impõe uma seleção de bens jurídicos ofendidos a serem protegidos, bem como uma seleção das formas de ofensa a esses bens. A subsidiariedade é considerada como remédio sancionador extremo, pressupondo que deva apenas atuar quando os outros meios de intervenção forem ineficientes para a proteção dos bens jurídicos.⁵⁹

O princípio do Direito Penal como *ultima ratio* estabelece que somente haverá intervenção penal na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, bem como quando referidos bens não puderem ser protegidos eficazmente por outros meios não penais.⁶⁰

Assim, a criminalização de uma conduta somente é legitimada se constituir o único meio para a proteção de bens jurídicos penalmente relevantes. Quando a tutela ambiental na forma de perigo concreto for insuficiente, pela dificuldade de precisar os termos de probabilidade da lesão, faz-se necessário o emprego de crimes de perigo abstrato, obedecidas as exigências de tutela de um sistema penal liberal-democrático.⁶¹

⁵⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 101.

⁵⁸ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 84-85.

⁵⁹ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 86-87.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

⁶¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, op. cit., p. 129.

O princípio do Direito Penal como *ultima ratio* informa que enquanto a mera proteção administrativa do meio ambiente for suficiente, principalmente no que toca à tutela preventiva, a incidência de normas penais não deverá ocorrer.⁶²

Importa ressaltar que alguns autores afirmam que a criminalização de condutas abstratas fere o princípio da culpabilidade.

Conforme assevera Pierpaolo Cruz Bottini:

Diante da inadmissibilidade de presunção de periculosidade, a utilização dos tipos penais de precaução não pode ser acatada, sob pena de criar um sistema de imputação baseado em indícios ou suspeitas não refutáveis, incompatível com um modelo de Estado Democrático de Direito, que funda sua funcionalidade na preservação da dignidade da pessoa humana. O direito penal trabalha com uma lógica diversa dos demais instrumentos de gestão de risco, pois seu funcionamento gira em torno das garantias individuais em todos os elementos de construção do tipo, com uma finalidade que não pode ser a seguridade geral, mas a imputação de um fato punível a uma pessoa, através dos limites impostos pelos princípios constitucionais estabelecidos.⁶³

Em contraposição a essa opinião, Ângelo Ilha salienta que não se pode afirmar que nos crimes de perigo abstrato haja culpabilidade presumida. Segundo o autor:

Não se presume a culpabilidade, presume-se a periculosidade da conduta (não do agente), que pode e deve ser avaliada pelo agente imputável no momento da ação segundo um juízo do proibido e do permitido. [...] num momento temos o injusto penal, noutro a culpabilidade. Assim, a conduta é formalmente ilícita por estar em contradição com a norma penal e materialmente ilícita em face da vulneração de um bem jurídico mediante a presunção extraída da experiência e do bom senso, mas a ação valorada como ilícita poderá ser reprovável (culpável) ou não.⁶⁴

Com relação ao princípio da culpabilidade, parte da doutrina exige, no mínimo, a possibilidade de admitir prova em contrário da perigosidade, quando as circunstâncias particulares do caso resultem que o comportamento nunca pôde produzir uma efetiva lesão. Nessas ocasiões, haveria inversão do ônus da prova.⁶⁵

Nesse contexto, de acordo com Ana Paula Nogueira da Cruz:

À acusação caberá provar apenas a ocorrência da conduta, na medida em que o perigo para o bem tutelado se presume pela simples prática da infração. O imputado terá então que comprovar que, no caso concreto, a conduta, ainda que abstratamente descrita pela norma penal, nenhuma possibilidade de dano trouxe ao bem ambiental considerado, ou seja, que nas condições do caso concreto, a conduta jamais ameaçou, ainda que minimamente, o bem jurídico tutelado.⁶⁶

⁶² CRUZ, Ana Paula Nogueira da, op. cit., p. 19.

⁶³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 102-103.

⁶⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, op. cit., p. 138.

⁶⁵ AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. p. 97-98.

⁶⁶ CRUZ, Ana Paula Nogueira da, op. cit., p. 19.

Dito isso, sobre a adequação de referidos princípios com a aplicação dos crimes de perigo abstrato, vale frisar a opinião de Paulo Silva Fernandes:

Dá-se o afastamento do princípio da ofensividade ao bem jurídico, “*qua tale*”, como critério material de punição, bem como a necessidade de aproximação e recurso a normativos extra-penais (nomeadamente o administrativo) e designadamente a normas penais em branco, para melhor cobrir as exigências a si colocadas, a par, ou fundindo-se com ela, de uma expansão necessária. Maiores necessidades de cuidado, então, neste particular, devem existir para o Direito Penal, a fim de não se desvincular do seu caráter de “*ultima ratio*” – a só dever intervir ali, onde os demais meios de tutela se tenham revelado ineficazes para manter a ordem, bem como para não se operar a liquefação dos bens jurídicos, ou a eleição de bens que coloquem em xeque a relação de proporcionalidade e igualdade material dos critérios de eleição dos mesmos.⁶⁷

Examinados os crimes de perigo abstrato e sua necessária compatibilização com os princípios de ordem penal, sob pena de inconstitucionalidade, faz-se mister o estudo da necessidade e dos fundamentos para a criminalização de condutas de perigo abstrato num Estado Democrático de Direito que produz riscos e gera danos incessantemente.

5 Fundamentos da necessidade de utilização dos crimes de perigo abstrato para a tutela penal do meio ambiente

Como visto anteriormente, os novos riscos trouxeram novas formas de ofensa a bens jurídicos e suscitaram polémicas entre a doutrina, no que tange a aplicação do Direito Penal para a tutela de respectivos bens jurídicos coletivos.

Parte da doutrina defende a legitimidade da tutela penal do meio ambiente, tendo em vista que a tutela desses novos riscos deve ser feita por meio do Direito Penal. Outra parte da doutrina considera que a intervenção do Direito Penal na seara ambiental, através da criminalização de condutas de perigo abstrato, seria inconstitucional, porque feriria os princípios penais da legalidade, ofensividade, da culpabilidade e do Direito Penal como *ultima ratio*.

Conforme Bernd Schünemann, quando se projeta que a missão do Direito Penal é a de garantir a proteção de bens jurídicos sobre esta mudança nas relações de intercâmbio sociais, e se busca em cada caso apoiar-se na prevenção das normas jurídico-penais, o trânsito do delito de resultado clássico até o moderno delito de perigo abstrato praticamente deriva da natureza das coisas.⁶⁸

Prossegue o autor afirmando que, quando a Escola de Frankfurt postula a recondução, por princípio, do Direito Penal aos delitos de resultado, está advo-

⁶⁷ FERNANDES, Paulo Silva, op. cit., p. 89-90.

⁶⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 49, ene./abr. 1996. p. 199.

gando por uma negativa da modernização do Direito Penal, negativa que necessariamente haverá de fracassar na finalidade do Direito Penal de proteger bens jurídicos, ao ignorar as condições de atuação da sociedade moderna.⁶⁹

Em contraposição, Hassemer afirma ser indiscutível que o Direito Penal deva continuar a garantir a tutela dos bens jurídicos clássicos, cuja integridade é também alvo de ameaça por conta da degradação ambiental.⁷⁰ Desta feita, conclui o autor:

Do direito penal, por sua vez, espera-se que permaneça, rigorosamente, como direito penal do fato, com conceitos claros e sólido perfil garantístico. Em suma, o direito penal não serve para resolver os problemas típicos da tutela ambiental.⁷¹

Seguindo a linha de raciocínio de Hassemer, o moderno Direito Penal apresentado sob a forma de crimes de perigo abstrato, que exigem somente a prova de uma conduta perigosa, renunciaria a todos os pressupostos clássicos de punição.⁷²

Elenise Schonardi, em posição semelhante à de Bernd Shünemann, salienta que:

A tutela penal ambiental se justifica e é necessária em razão do contexto de desigualdades, violências, alta tecnologia, riscos, produção e consumo da sociedade; o direito penal tradicional, estruturado na culpabilidade, tem se mostrado insuficiente para a solução das pretensões penais oriundas da chamada criminalidade moderna; a sociedade econômica precisa ter mecanismos de proteção (equilíbrio) para aqueles atores que estão fora do mercado, mas que são roubados, violentados e sacrificados por esse mercado e, como expressão de proteção dos interesses da administração pública e da coletividade vem a imputação objetiva como uma resposta jurídico-penal a essa nova criminalidade.⁷³

Para que o Direito Penal possa seguir cumprindo sua missão de proteger bens jurídicos, através das condições de distribuição do mercado atual (e não somente uma sensação ilusória de segurança por meio de uma legislação simbólica, como afirmam equivocadamente Herzog e Prittwitz), deve-se averiguar em que lugar se encontram os pontos de conexão coletivos nos quais deve intervir uma proteção eficaz dos bens jurídicos, sendo mister uma modernização do Direito Penal, concretamente, sua adaptação às mudanças das relações sociais.⁷⁴

⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., p. 200.

⁷⁰ HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 22, abr.-jun. 1998. p. 33.

⁷¹ HASSEMER, Winfried, op. cit., p. 31.

⁷² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da, op. cit., p. 80.

⁷³ SHONARDIE, Elenise Felzke. Direito penal ambiental na sociedade do risco e imputação objetiva. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n. 11, jan./jun. 2005. p. 67.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., p. 200-201.

Prittwitz contraria a posição de Schünemann afirmando que o Direito Penal não representa o instrumento mais adequado para reagir aos riscos produzidos pela sociedade moderna.

Na lição de Prittwitz:

O direito penal, cujo perfil se alterou, e até mesmo se deformou sob o peso das tarefas que lhe foram atribuídas, nada ou quase nada tem a apresentar como sucessos ou prognósticos plausíveis de sucesso. Pior: os problemas urgentes da sociedade moderna e em muitos aspectos em rápida evolução – mencione-se aqui apenas os exemplos da ecologia e da economia – na verdade permanecem sem solução devido ao fato de terem sido transferidos de forma excessiva para a esfera do direito penal. Às vezes há até que se temer efeitos colaterais contraproducentes pela aplicação do direito penal. Ajustes posteriores distorcem continuamente o perfil do direito penal característico do Estado de Direito, devido ao fato de não se ver as causas estruturais dos problemas – ou talvez mais exato denominá-las sistêmicas – que tendem a levar ao fracasso do solucionador de problemas que é o direito penal.⁷⁵

A criminalização das condutas de perigo abstrato no âmbito do Direito Penal Ambiental reflete a ideia do princípio constitucional-ambiental da precaução, pois referidas condutas prescindem da concretização do risco, ante a constatação de que a conduta é altamente perigosa para o bem jurídico.⁷⁶

No mesmo sentido é o julgado do Tribunal Regional Federal da 4 Região:

PENAL. CRIME AMBIENTAL. LEI Nº 9.605/98, ART. 34, CAPUT. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. INSIGNIFICÂNCIA SOCIAL DO FATO. DESCABIMENTO. 1. A pesca em local proibido põe em risco a preservação ambiental e, por se tratar de conduta formal, de perigo abstrato, não há que se perquirir sobre a existência ou não de lesão efetiva ao meio ambiente. 2. Materialidade e autoria devidamente comprovadas pelas provas dos autos.⁷⁷

A eficácia da previsão de crimes de perigo abstrato para a tutela ambiental significa um estimulante negativo às práticas danosas, na medida que interfere no *iter* da conduta tendente a causar o dano ambiental, antes mesmo de sua efetiva concretização.⁷⁸

Nesta esteira, Ana Paula Nogueira da Cruz conclui que:

A despeito de ser importante a adoção de tipos de perigo abstrato em relação a condutas que descrevam situações de risco insuportável para o meio ambiente e que não possam aguardar a concretização do perigo, é importante que não se adote a prática de simplesmente criminalizar o descumprimento de normas administrativas que poderiam realmente se restringir ao seu âmbito, sem necessidade de se lançar

⁷⁵ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, 2004. p. 40-41.

⁷⁶ CRUZ, Ana Paula Nogueira da, op. cit., p. 18.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Sétima Turma. Apelação Criminal/Santa Catarina. Processo número 2004.72.04.002549-4. 22 maio 2007.

⁷⁸ CRUZ, Ana Paula Nogueira da, op. cit., p. 20.

mão da tutela penal. [...] Em nome da proteção intransigente do meio ambiente, que é nossa orientação, não se podem olvidar as garantias de postulados do Estado Democrático de Direito, refletidos no respeito aos princípios de garantia do Direito Penal.⁷⁹

A civilização moderna não poderá sobreviver sem um duplo controle do aproveitamento do meio ambiente. O primeiro nível de controle estará constituído, desde logo, pela Administração, mas é indispensável que esteja acompanhado de um nível de controle adicional e eficiente, que somente poderá ser assumido pelo Direito Penal.

A velha pergunta acerca de “quem vigia os vigilantes” pode ser respondida nos seguintes termos: o Direito Penal. E como argumenta Shünemann, para levar esta afirmação um pouco mais ao extremo: onde poderia ser mais necessário o Direito Penal que na proteção do meio ambiente e, com ele, na proteção das condições para que todos os demais bens jurídicos possam sobreviver e prosperar?⁸⁰

A indubitável importância do meio ambiente como objeto de proteção e a crescente gravidade dos ataques que sofre, assim como o fracasso do resto do ordenamento jurídico para protegê-lo adequadamente, desembocaram na intervenção penal ambiental.

A degradação ambiental é de tal monta que a luta contra a mesma requer todos os instrumentos jurídicos ao alcance da sociedade, entre eles, como *ultima ratio*, um Direito Penal que cumprirá uma função de proteção secundária, sem que deva limitar-se a sancionar a mera infração de normas civis e administrativas.⁸¹

Portanto, conforme visto, parte da doutrina considera desnecessária a utilização de crimes de perigo abstrato na esfera ambiental por serem inconstitucionais ao ferir os princípios do Direito Penal como *ultima ratio*, da legalidade e da ofensividade, sacrificando a dignidade do Direito Penal.

Outros doutrinadores consideram ser um meio protetivo eficiente de tutela, tendo em vista as peculiaridades na seara do meio ambiente, que por vezes suscitam riscos irreversíveis e irreparáveis, afirmando então ser eficaz a criminalização das condutas de perigo abstrato, pela antecipação da tutela penal, calcada nos princípios fundamentais da prevenção e da precaução dos riscos, atuando o Direito Penal como *ultima ratio* (quando todos os outros meios não penais se tornarem ineficazes).

⁷⁹ CRUZ, Ana Paula Nogueira da, op. cit., p. 20-21.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre la dogmatica y la política criminal del derecho penal del medio ambiente: temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 223.

⁸¹ GOENAGA, Javier Camilo Sessano, op. cit., p. 22-23.

Na linha do posicionamento pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato inclina-se o Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, (Habeas Corpus n. 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, Informativo 660 STF, março/2012), ao afirmar a legitimidade da criminalização do porte ilegal de arma de fogo desmuniçada.

No Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003), o porte de arma de fogo é tipificado como crime de perigo abstrato. Conforme profere em seu voto, o Min. Gilmar Mendes alerta que a tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, seria a alternativa mais eficaz para a proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, citando como exemplo, inclusive, o meio ambiente, informando que a necessidade de proteção desses bens jurídicos permite a escolha dessa espécie de tipificação, refletindo um “direito penal preventivo”.

Nas palavras do Ministro:

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 a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc.

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.

Mesmo com o recente posicionamento no Supremo Tribunal Federal, relewa notar que a problemática da aplicação dos crimes de perigo abstrato para tutela penal ambiental ainda não está pacificada. O voto proferido pelo Ministro aponta novos ares no sentido da constitucionalização dos crimes de perigo abstrato, posição esta que se coaduna com o Estado Democrático de Direito e faz com que haja uma adequação entre o paradigma penal atual e os problemas de uma sociedade produtora de riscos.

Destarte, é mister que o Direito Penal evolua para fornecer ao intérprete da norma critérios jurídicos adequados, cumprindo sua função protetora de bens jurídicos não só individuais, mas também supraindividuais.

6 Considerações finais

A problemática da proteção ambiental através do Direito Penal tem suscitado grandes controvérsias pela doutrina, pelo confronto que existe entre a necessária adequação de um sistema jurídico-penal liberal aos novos interesses suscitados pelos grandes riscos da sociedade hodierna.

O meio ambiente é calcado nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, sendo que a proteção ambiental somente será eficaz sob o prisma preventivo. Desta feita, os bens jurídicos ambientais necessitam de uma tutela que seja capaz de prevenir os danos, e não simplesmente repará-los, até porque, como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, os danos ambientais são, por vezes, irreparáveis e irreversíveis.

Assim, como se poderá adequar o Direito Penal, de caráter repressivo e de cunho individualista-patrimonialista, às peculiaridades do bem jurídico coletivo ambiental?

Caracterizado o bem jurídico ambiental como coletivo, de caráter difuso e essencial para a vida, é inquestionável que sua proteção deva ser feita pelo Direito Penal, que tutela bens jurídicos de extrema relevância para a sociedade.

Havendo a necessidade de compatibilização do Direito Penal Ambiental com os princípios constitucionais da prevenção de danos e da precaução de riscos, a previsão de crimes de perigo, especificamente os crimes de perigo abstrato, seria a forma mais eficaz de garantir uma tutela penal efetiva aos bens jurídicos ambientais.

Os crimes de perigo abstrato representam uma antecipação da tutela penal, pois punem a mera probabilidade do dano, evitando, dessa forma, a consumação de um dano ao meio ambiente.

Nesse sentido, vale dizer que os crimes de perigo concreto são de difícil aplicação, em face da necessidade de ter que se provar a ocorrência do perigo no caso concreto.

Por conseguinte, a criminalização de condutas de perigo abstrato seria a forma mais eficaz para a tutela penal ambiental. O problema reside na constitucionalidade da previsão desses tipos penais.

Os crimes de perigo abstrato não ofendem o princípio da legalidade, desde que a conduta típica esteja prevista taxativamente. Com relação ao princípio da ofensividade, alguns autores sustentam que diante da ausência comprovada de qualquer perigo para o meio ambiente no caso concreto, haverá atipicidade da conduta. No que se refere ao princípio do Direito Penal como *ultima ratio*, importa salientar que enquanto outras proteções não penais forem suficientes para a proteção eficaz do meio ambiente, a incidência de normas penais não poderá ocorrer.

Assim, diante da imperiosa proteção ambiental através do Direito Penal, tendo em vista o relevante valor do bem jurídico em exame, faz-se mister uma adequação dos princípios de garantia do Direito Penal aos novos problemas da sociedade hodierna, sem olvidar dos postulados de um Estado Democrático de Direito, inserido numa sociedade que têm produzido riscos, paulatinamente, que ameaçam a todos nós.

Referências

- AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- ANTONIOLI, Roberta. A proteção da natureza na sociedade punitiva. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 7, n. 24, 2007.
- BATISTA, Nilo. Introdução. *Crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 61, p. 54, jul./ago. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI-MC3540/DF-DISTRITO FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 01 set. 2005. DJ 03 fev. 2006.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal 4. Sétima Turma. Apelação Criminal/Santa Catarina. Processo número 2004.72.04.002549-4. 22 maio 2007.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- CRUZ, Ana Paula Nogueira da. Crimes de perigo e riscos ao ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 42, p. 9, abr./jun. 2006.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias: uma análise à luz da concepção de Estado Social e Democrático de Direito. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOENAGA, Javier Camilo Sessano. La protección penal del medio ambiente: peculiaridades de su tratamiento jurídico. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Madrid, n. 4-11, p. 14-23, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, abr.-jun. 1998.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 51, out./dez. 1994.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Delitos de peligro con verificación de resultado: concurso de leyes? *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 47, n. 1, p. 111-40, ene./abr. 1994.

MARCHELLO, Francesco; PERRINI, Marinella; SERAFINI, Susy. *Diritto dell'ambiente*. 2. ed. Napoli: Edizione Giuridiche Simone, 2007.

MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do meio ambiente*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2000.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 3 fevereiro 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito penal ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Madrid: Civitas, 2006. v. 1: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 49, ene./abr. 1996.

_____. *Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente: temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos, 2002.

SHONARDIE, Elenise Felzke. Direito penal ambiental na sociedade do risco e imputação objetiva. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 6, n. 11, jan./jun. 2005.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Afflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Tutela penal do meio ambiente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.