

## DO BEM JURÍDICO-PENAL (AMBIENTAL) EM FACE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO<sup>1</sup>

Luis Carlos Fay Manfra<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo propõe uma análise acerca dos crimes ambientais de perigo abstrato à luz do bem jurídico-penal. Para tanto, inicia com uma evolução histórica da noção de bem jurídico e passa pela busca por um fundamento material que sustente essa figura dogmática, de modo a possibilitar seu viés crítico. Após, dedica-se ao exame do princípio da intervenção mínima e suas implicações, bem como da construção típica em observância ao princípio da ofensividade. Feito isso, focaliza o centro de análise no bem jurídico ambiental e trata de demonstrar a sua importância dentro do ordenamento jurídico pátrio. A seguir, expõe as técnicas de tipificação de que dispõe o legislador para tutelar o meio ambiente e realiza uma análise crítica da legislação penal ambiental brasileira, com ênfase aos crimes de perigo abstrato, apontando seus principais problemas dogmáticos. Por fim, trabalha uma possível solução para a questão, a partir da noção de ofensa de cuidado-de-perigo e da flexibilização da presunção de perigo.

**Palavras-chave:** Bem jurídico-penal. Direito Penal ambiental. Intervenção mínima. Ofensividade. Crimes de perigo abstrato. Ofensa de cuidado-de-perigo.

### INTRODUÇÃO

A tormentosa discussão envolvendo a noção de bem jurídico e seu papel no âmbito do Direito Penal já soma duzentos anos e, apesar disso, ainda não foi possível definir contornos precisos a esta figura conceitual. Não obstante, a

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do grau de Bacharel pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelos Professores Ney Fayet de Souza Jr. (orientador), Lenora Azevedo de Oliveira e Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, em 26 de junho de 2015.

<sup>2</sup> Acadêmico da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: luis.manfra@gmail.com

concepção de um instrumento penal voltado para a proteção subsidiária de bens jurídicos tem se revelado como um dos mais importantes aspectos do pensamento penal contemporâneo.<sup>3</sup>

Com efeito, o Direito Penal constitui um instrumento drástico de controle social, haja vista a gravidade das sanções que impõe, e, nesse contexto, não pode ser utilizado para tutelar qualquer bem jurídico, tampouco contra qualquer conduta, razão pela qual se mostra importante determinar quando poderá o legislador lançar mão da criminalização. Tais limites materiais são pressupostos inafastáveis a uma intervenção punitiva que se quer legítima.

Nesse sentido, é de se questionar a viabilidade de um conceito crítico de bem jurídico, capaz de contrapor-se à vontade do legislador, e buscar na Constituição o aporte teórico necessário para conferir ao bem jurídico um sentido crítico e operativo,<sup>4</sup> a fim de permitir sua atuação, tanto no âmbito de criação, como de aplicação da Lei Penal.

Sem embargo, com a sociedade contemporânea emergem novos valores, novos interesses e, com eles, uma nova demanda por proteção. Mas nesse contexto de novos riscos, em que o Direito Penal é, cada vez mais, convocado a agir, quando deve ele intervir? E ainda, como? E quando?<sup>5</sup>

Se, por um lado, a noção de bem jurídico vem ganhando reforços teóricos e novos arsenais argumentativos, de modo a conferir-lhe maior destaque dentro da dogmática penal, por outro, se lhe apresentam novos desafios, notadamente no âmbito dos bens jurídicos supraindividuais. Nessa seara, o meio ambiente emerge como um bem jurídico peculiar, porquanto, ao mesmo tempo que é dotado de inegável relevância, também apresenta características que dificultam a sua proteção penal.

O Direito Penal ambiental é marcado por uma forte antecipação da tutela,<sup>6</sup> principalmente em razão da natureza do bem jurídico em questão, e, diante disso, é

---

<sup>3</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 105.

<sup>4</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 20.

<sup>5</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 21-22.

<sup>6</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 107.

possível constatar uma frequente utilização da modalidade dos crimes de perigo abstrato. Não obstante, essa técnica legislativa apresenta alguns problemas dogmáticos, principalmente no tocante à sua ofensividade. Assim, analisando as formas típicas contidas da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), busca-se apontar os problemas de legitimação em que esbarram diversos tipos penais concebidos pelo legislador brasileiro.

Diante disso, com base em uma melhor compreensão acerca do bem jurídico ambiental e dos problemas relacionados à sua tutela penal, é de se questionar acerca da existência de condições capazes de viabilizar uma compreensão dos crimes ambientais de perigo abstrato em consonância com as exigências de legitimidade material do ilícito. Busca-se, com isso, não só apontar equívocos do legislador, mas também, em observância a uma necessária tutela ambiental eficaz, "recuperar"<sup>7</sup>, ao máximo, o conteúdo material dos ilícitos ambientais previstos na Lei nº 9.605/98, a fim de definir a possibilidade - ou não - de sua aplicação em conformidade com os postulados de ofensividade e intervenção mínima.

## 1. O BEM JURÍDICO COMO CONTEÚDO MATERIAL DO DIREITO PENAL

A partir da filosofia iluminista, ocorre o que se pode chamar de secularização do Direito Penal, e a problemática penal passa a ser analisada sem qualquer vinculação com questões éticas ou religiosas.<sup>8</sup> Evidencia-se, nesse contexto, a necessidade de preencher o injusto penal com um conteúdo material, a fim de limitar o poder punitivo estatal.<sup>9</sup>

O que se pretende, nesse momento histórico, é restringir o subjetivismo, ou mesmo arbitrariedade do legislador, ao atribuir-se à norma penal um conteúdo material prévio. Não obstante, a busca pela identificação e determinação desse conteúdo leva, por via de consequência, também à busca por um fator legitimante do exercício do poder de punir pelo Estado.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 109

<sup>8</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

<sup>9</sup> RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 30.

<sup>10</sup> RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 30.

A utilização da terminologia "bem jurídico", bem como as primeiras teorias acerca desse objeto, aparecem apenas nas primeiras décadas do século XIX.<sup>11</sup> Nota-se pela primeira vez o emprego do termo "bem"<sup>12</sup> no contexto positivista da Escola Histórica, quando Birnbaum defende os "bens" como sendo objetos de tutela, afastando desse posto os direitos subjetivos, antes tidos como fundamento do *jus puniendi*.<sup>13</sup> Para ele, o delito devia ser compreendido como lesão a um "bem", e não a um direito, na medida em que esse último não se vê diminuído pelo comportamento criminoso.<sup>14</sup>

A partir daí, tem-se um debate que já soma mais de duzentos anos e, apesar disso, ainda não se tem um conceito unívoco de bem jurídico. Sem embargo, deve-se atentar para o esforço despendido pela doutrina na tentativa de concebê-lo. Nesse sentido, merece destaque a definição de Welzel, segundo a qual, conforme refere Toledo, "bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido".<sup>15</sup>

Partindo desse conceito, o mencionado autor brasileiro constrói a seguinte formulação:

[...] 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.<sup>16</sup>

Roxin, por sua vez, apresenta uma definição de grande precisão técnica, senão vejamos:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias<sup>17</sup> para uma vida segura e livre, que garanta todos os

<sup>11</sup> RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 33.

<sup>12</sup> Segundo Toledo, "*Bem*, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. [...] Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideais dotados de 'valor', isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além serem o que são, 'valem'." (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15)

<sup>13</sup> Sob a ótica iluminista, encontra-se no contrato social um fundamento para o *jus puniendi* estatal. Nessa linha de raciocínio, encara-se o crime como uma lesão a um direito subjetivo alheio, ou seja, como ato atentatório à liberdade garantida pelo contrato social. Destaca-se, nesse contexto histórico, a teoria de Feuerbach, cuja finalidade é justamente a de demonstrar a existência de um direito subjetivo como objeto de tutela em qualquer preceito penal. (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 61; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37)

<sup>14</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 411.

<sup>15</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

<sup>16</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.<sup>18</sup>

No atual panorama, as principais críticas à teoria do bem jurídico se dão sob dois aspectos: o primeiro diz respeito justamente à falta de consenso acerca do que sejam bens jurídicos, enquanto o segundo se refere à suposta efetividade dessa construção, isto é, ao seu potencial para vincular, restringir, o legislador.<sup>19</sup>

Com efeito, os movimentos constitucionalistas erguidos a partir do final da década de 1960 e a inserção de seu discurso, sobretudo, no âmbito do Direito Penal, trazem um novo aporte teórico à dogmática do bem jurídico. Volta-se para a Constituição, enquanto decisão democrática fundamental e, ao mesmo tempo, fundamento normativo do ordenamento jurídico,<sup>20</sup> na busca de uma diretriz orientadora capaz de determinar os bens jurídicos a serem protegidos pelo Estado.

Em última análise, a Constituição se apresenta como um quadro axiológico, no qual se encontram elencados os valores que constituem fundamento de determinada estrutura social, em determinado período histórico.<sup>21</sup> Significa dizer que da Constituição emanam os valores fundamentais assim compreendidos pela sociedade. Nesse contexto, o fenômeno de constitucionalização do Direito confere à dogmática do bem jurídico um novo arsenal argumentativo e torna possível encontrar uma solução para a questão que constitui principal alvo de críticas às

---

<sup>17</sup> Entende Roxin que para que se propicie uma coexistência livre e pacífica, "[...] o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.) [...]" Nesse contexto, propõe que as "realidades empíricas", ou "circunstâncias reais dadas", dizem respeito aos bens jurídicos fixados ao legislador com anterioridade, como, por exemplo, a vida humana, enquanto as ditas "finalidades necessárias" remetem aos bens jurídicos passíveis de criação pelo legislador, como, por exemplo, as pretensões de caráter tributário. (ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17-19)

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 18-19.

<sup>19</sup> RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 101.

<sup>20</sup> RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 99-101.

<sup>21</sup> Ressalta Prado que "[...] os valores a serem protegidos variam segundo o modelo de sociedade, sendo um reflexo necessário de sua estrutura [...]", o que remete à ideia de que o rol de bens jurídicos é modificável, conforme as características sociais de cada momento histórico. (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23-26)

teorias do bem jurídico, qual seja, a possibilidade de se conceber um conceito material em relação ao mesmo, verificável fora da própria legislação.<sup>22</sup>

Não se pode desprezar o fato de que a teoria do bem jurídico nasce justamente com a finalidade de limitar o ímpeto do legislador, exigindo-lhe fundamentos mais concretos à criminalização de condutas, e, nesse sentido, não é suficiente que o bem jurídico sirva de mero elemento indicativo advindo da própria lei, sob pena de negação da função precípua para a qual foi idealizado.<sup>23</sup> Assim, revela-se imprescindível que se atribua ao bem jurídico uma função crítica, e que se busque no conceito em questão critérios que se imponham ao legislador, definindo seu âmbito de atuação.

Partindo desse pressuposto, a problemática anteriormente referida, que constitui entrave à teoria pela falta de um critério material, encontra na Constituição o preenchimento dessa lacuna, podendo-se, portanto, associar os bens jurídicos à ordem de valores constitucionalmente determinada.

Dessa forma, tem-se que a Constituição funciona como ponto de referência para a definição dos bens merecedores de tutela penal,<sup>24</sup> cuja proteção justifica o exercício do poder punitivo pelo Estado. Em outras palavras, os valores constitucionais representam, simultaneamente, quadro referencial e critério de regulação à uma justa e aceitável atividade punitiva estatal.

Trata-se de proteção exercida não só pelo Direito Penal, mas também ante o Direito Penal,<sup>25</sup> na medida em que não se pode penalizar comportamentos pelo simples fato de serem eles indesejados ou mal vistos.<sup>26</sup> A admissão de premissa contrária se traduziria em um sistema penal autorizado a punir o agente por seu modo de ser ou de pensar,<sup>27</sup> algo inconcebível em um modelo de Estado de Direito<sup>28</sup>. Nesse sentido, bem assinala Roxin que "[...] de nada adianta uma teoria do

---

<sup>22</sup> RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 99-100.

<sup>23</sup> RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 98.

<sup>24</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

<sup>25</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 98-107.

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

<sup>27</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

<sup>28</sup> Segundo Prado, "o Estado de Direito é aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes

delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível".<sup>29</sup>

Assim, embora a Constituição confira ao legislador ordinário o poder de decisão acerca da criminalização de condutas, bem como acerca da sanção correspondente, tal atribuição, como bem ilustra Feldens, "[...] não se constitui como um *cheque em branco*"<sup>30</sup>, porquanto está ele adstrito à observância da ordem de valores constitucionalmente estabelecida.<sup>31</sup>

Todavia, não é necessário que a relação entre os bens jurídicos constitucionais e os penais seja de total coincidência, mas de coerência. Nesse sentido, evidencia-se que não incumbe ao Direito Penal a tarefa de proteger todos os bens jurídicos, pois trata-se de função própria a todo ordenamento jurídico.<sup>32</sup> Mas então como determinar a necessidade de intervenção penal para a proteção dos bens jurídicos?

Deve-se ter em conta que o Direito Penal se apresenta como "braço armado da Constituição"<sup>33</sup> e, em última análise, do Estado, impondo sanções de especial gravidade, tendo em vista que, em geral, importam em significativas restrições aos direitos fundamentais - geralmente à liberdade.<sup>34</sup> Justamente em razão do caráter radical dessas medidas, não podem elas serem utilizadas indiscriminadamente, e nesse contexto encontra-se o princípio da intervenção mínima, segundo o qual, entende-se que o Direito Penal deve atuar somente na proteção dos bens jurídicos mais relevantes, contra os ataques mais graves, ou intoleráveis, e quando não for possível, eficaz, fazê-lo de outra forma,<sup>35</sup> através de instrumentos não-penais.<sup>36</sup>

públicos e a tutela judicial dos direitos". (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 72-73)

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

<sup>30</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 61.

<sup>31</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 61.

<sup>32</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 143.

<sup>33</sup> PÉREZ, Luis Carlos. **Derecho penal**. Bogotá: Ed. Temis, 1987, t. 1, pg. 53 apud BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 89.

<sup>34</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 143.

<sup>35</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

<sup>36</sup> Em relação ao princípio da intervenção mínima verificam-se dois aspectos importantíssimos: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Quanto à fragmentariedade, vê-se no Direito Penal um sistema descontínuo de ilicitudes, que não pode ser instrumentalizado na defesa de todos os bens jurídicos, nem de modo a sancionar toda e qualquer conduta lesiva. Refere-se, portanto, apenas a uma parte do sancionável pelo ordenamento jurídico, diante do que, nota-se com mais clareza a

Tendo em vista a seriedade das sanções impostas pela pena, revela-se necessário que o valor social do bem jurídico protegido esteja em consonância com esse contexto. Assim, para que um bem jurídico seja elevado à categoria de bem jurídico-penal, isto é, seja considerado digno de tutela jurídico-penal, é imperativo que seja dotado, sob uma perspectiva político-criminal, de suficiente importância social.<sup>37</sup> Diante disso, há que se erigir critérios para o processo de seleção desses bens à luz da escala valorativa constitucional, tendo em vista não haver uma orientação positiva precisa acerca do tema.

Nesse sentido, propõe o Tribunal Constitucional Federal Alemão o desmembramento da análise da exigibilidade de tutela penal em três categorias, ou níveis. No primeiro deles, situam-se os bens jurídicos cuja necessidade de proteção penal é indiscutível, porquanto claramente dedutível da ordem axiológica constitucional, sendo inclusive, em alguns casos, expressamente determinada. Na extremidade oposta, tomando-se por base o mesmo critério, verificam-se aqueles sobre os quais evidentemente não devem incidir as disposições do Direito Penal. Finalmente, entre essas duas extremidades, num âmbito intermediário, constata-se uma zona nebulosa, na qual se mostra difícil traçar com exatidão uma linha divisória, em razão do que, deixa-se a cargo do legislador a decisão acerca da utilização do Direito Penal.<sup>38</sup>

Partindo dessa linha de raciocínio, Feldens aponta uma "tríplice relação axiológico-normativa entre a Constituição e o Direito Penal", a partir da qual aquela funciona, simultaneamente, como "fundamento normativo", "fonte valorativa" e "limite material" deste último. Em síntese, trata-se de definir, criteriosamente, sob uma

---

noção de divisão, fracionamento ou fragmentação. Prado ilustra muito bem esta ideia ao referir que tal postulado "impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente." Já quanto à subsidiariedade, tem-se que o Direito Penal deve constituir apenas a *ultimaratio legis*, ou seja, deve ser utilizado apenas em último caso, quando estritamente necessário, em face da ineficiência de outros meios. Pode-se resumir, portanto, a essência da noção de subsidiariedade à palavra "necessidade", no sentido de que somente quando esgotados todos os meios não-penais, e esses se mostrarem ineficientes na proteção de determinado bem jurídico-penal, será justificável, porquanto necessária, a utilização do instrumento repressivo de controle social que constitui o Direito Penal. (BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85-87; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43-45; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 144; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 454)

<sup>37</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 111.

<sup>38</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 53.



perspectiva constitucional, quando a intervenção penal é obrigatória, apenas possível ou proibida.<sup>39</sup> Nessa esteira, observa-se serem claramente dignos de proteção jurídico-penal aqueles bens relativos aos direitos fundamentais individuais e coletivos, assim como aqueles para os quais a Constituição apresenta mandados expressos de criminalização.<sup>40</sup> Sem embargo, para além desses incumbe ao Poder Legislativo a escolha dos bens jurídico-penais.<sup>41</sup>

Percebe-se que tal modelo não retira do legislador a liberdade seletiva<sup>42</sup> para definir as políticas criminais, mas lhe estabelece limites, para que a atividade criminalizadora não tome feições de arbitrariedade ou mero casuísmo.<sup>43</sup> Tais limites, segundo Feldens, impõe-se de modo a impedir que o legislador "invada espaços de liberdade constitucionalmente garantidos, que subverta a ordem valorativa constitucional, ou que maneje o Direito Penal em territórios destituídos de relevância social".<sup>44</sup>

Como já mencionado, esse instrumento, além de constituir uma medida de *extrema ratio*, não é o único de que dispõe o ordenamento jurídico para a proteção de bens jurídicos,<sup>45</sup> razão pela qual os meios utilizados para efetivar tal proteção devem ser, em princípio, aqueles menos drásticos, isto é, não violentos, e apenas

---

<sup>39</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 65.

<sup>40</sup> É possível encontrar no texto constitucional diversos exemplos de mandados expressos de tutela penal, *v.g.*, em relação à "prática do racismo" (art. 5º, XLII), à "prática da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", e do "terrorismo" (art. 5º XLIII), à "ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (art. 5º, XLIV), entre outros (art. 7º, X, art. 225, § 3º, art. 227, § 4º). (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73-81)

<sup>41</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 68.

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

<sup>43</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 64.

<sup>44</sup> No tocante aos "espaços de liberdade constitucionalmente garantidos", tem-se que não são passíveis de criminalização condutas que se situam no âmbito dos direitos individuais ou coletivos reconhecidos e assegurados constitucionalmente ao cidadão, como, por exemplo, a liberdade de expressão e de pensamento, o direito de reunião e associação, a liberdade sindical, o direito à greve, entre outros. Para além, quando se fala em impedir que o legislador "subverta a ordem valorativa constitucional", remete-se a ideia de que é ilegítima qualquer criminalização que vá de encontro aos interesses ou valores constitucionalmente proscritos. Assim, a título de exemplo, tomando por base o princípio da igualdade, estaria totalmente vedada a possibilidade de criminalização da homossexualidade. (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 65-66)

<sup>45</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 454.

em último caso, restando evidenciada a sua inidoneidade, deve-se recorrer ao Direito Penal.<sup>46</sup>

Fazendo um breve apanhado do que se viu até este ponto, pode-se chegar à três conclusões relativamente simples. A primeira de que o Direito não tutela todos os valores sociais, ou bens. A segunda de que, dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, nem todos são protegidos pelo Direito Penal. E, por fim, de que, mesmo aqueles cuja proteção enseja a criminalização, não o fazem em face de toda e qualquer conduta potencialmente lesiva. Mas, a partir disso, a questão que se constitui diz respeito à definição dessas condutas, principalmente no que tange à construção do tipo penal, visto que este último deve determinar com precisão as ações, ou mesmo omissões, ilícitas.

"Tipo", segundo Bitencourt, "é um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido."<sup>47</sup> Trata-se de uma fórmula legal destinada a definir e individualizar as condutas proibidas pela Lei Penal.<sup>48</sup> Assim, uma conduta será típica se subsumir-se ao tipo penal existente, do contrário, será atípica.<sup>49</sup>

Como se tem construído até aqui, não é admissível a concepção de um tipo penal que não tenha por escopo a proteção a um bem jurídico, ou melhor dizendo, a um bem jurídico-penal.<sup>50</sup> Nesse sentido, aponta Zaffaroni que, sem esse conteúdo

<sup>46</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 454.

<sup>47</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 304.

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 383.

<sup>49</sup> Esse juízo de tipicidade, pode-se dizer, constitui essência do princípio da legalidade, ou da reserva legal, o qual se extrai do disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, e no artigo 1º do Código Penal, e é sintetizado, de maneira recorrente, na expressão latina *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Segundo tal postulado, um fato jamais poderá ser considerado crime sem que haja previsão legal expressa e anterior definindo-o como tal. Com efeito, dele se extrai um corolário de extrema relevância, qual seja, o princípio da taxatividade, ou da determinação, segundo o qual, exige-se que o legislador descreva a conduta punível com a maior exatidão possível e que o aplicador da norma proceda em observância aos limites estritos determinados por ela. À luz desse princípio, tem-se que cada figura típica desempenha uma função única e particular, não sendo possível suprir sua ausência com interpretações analógicas ou extensivas. É necessário, portanto, para um juízo positivo de tipicidade, que exista uma prévia descrição típica específica e adequada. Nesse contexto, seria inconcebível, por exemplo, como ilustra Zaffaroni, uma Lei que definisse: "São proibidas todas as condutas que afetem os interesses comuns". (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 125-129; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305-306; PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70-71; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 386)

<sup>50</sup> Muito pelo contrário, admite-se, inclusive, que um mesmo tipo penal tutele mais de um bem jurídico. Nesse sentido, destaca-se a classificação que divide os crimes em tipos com bem jurídico simples (por exemplo, o homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal, que lesa a vida) e tipos com bem

material, isto é, "sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura 'jurisprudência de conceitos'".<sup>51</sup>

Dessa forma, é necessário que se atribua ao tipo, para além do sentido formal - simples descrição da conduta proibida -, um sentido material, no intuito de se perquirir, para um juízo positivo de tipicidade, se a conduta descrita é lesiva, ou passível de causar lesão ao bem jurídico.<sup>52</sup> Nesse prisma, insere-se a noção de ofensividade, ou lesividade,<sup>53</sup> princípio segundo o qual, para que se configure a infração penal é imprescindível que haja lesão, ou perigo de lesão ao bem jurídico.<sup>54</sup>

Com efeito, o tipo penal pode ser compreendido, em última análise, como o resultado de uma ponderação entre valores, na qual a liberdade é restringida em nome da proteção de outro bem jurídico relevante (liberdade vs. patrimônio, liberdade vs. integridade física etc.). Assim, é necessário que haja, para além de uma compatibilidade entre os valores em questão, uma efetiva necessidade de tutela penal, de modo que se afigure ilegítima a criminalização de condutas que não impliquem em ofensa ao bem jurídico protegido pela norma. Na lição de D'Avila, "[...]

---

jurídico complexo (por exemplo, a extorsão, prevista no art. 158 do Código Penal, e que afeta tanto a liberdade de determinação quanto o patrimônio). (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 398-403)

<sup>51</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 399.

<sup>52</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130-131.

<sup>53</sup> É importante esclarecer que o princípio da ofensividade não se confunde com o princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos, em que pese serem referidos como sinônimos por muitos autores. Enquanto a função do segundo é, em síntese, a de delimitar a forma do próprio Direito Penal, determinando quais interesses podem receber sua proteção (bens jurídicos), a do primeiro é a de determinar a forma do delito, compreendendo-o como uma ofensa ao bem jurídico, isto é, considerando como infração penal apenas o ataque efetivo (lesão ou perigo de lesão) a um interesse já selecionado pelo Direito Penal. Sem embargo, não resta dúvida de que ambos os princípios são complementares e se encontram intimamente vinculados. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53-54; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 485-486)

<sup>54</sup> Em que pese não ser extraído de um dispositivo constitucional específico, como ocorre, por exemplo, com o já mencionado princípio da legalidade, o princípio da ofensividade conta igualmente com essa base normativa, mas de maneira implícita. Isso porque só se mostra compatível com a concepção de Estado democrático, consagrada na Constituição, um Direito Penal da ofensividade, isto é, do qual decorram delitos dotados de lesividade. Além disso, ostenta embasamento normativo infraconstitucional, sendo exemplo de destaque, nesse sentido, o artigo 13 do Código Penal. Da leitura do dispositivo, é possível compreender que a existência do crime depende de um resultado. Não obstante, não se trata de um resultado naturalístico do delito, porquanto se estaria, com isso, a excluir a possibilidade de qualquer crime formal ou de mera conduta, mas sim de um resultado jurídico, ou seja, relacionado à lesão do bem jurídico. (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 490-495)

seria no mínimo contraditório o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente à criminalização fácil e irrestrita do seu exercício."<sup>55</sup>

O que se busca é que, já na construção do tipo penal, o legislador manifeste, de maneira inequívoca, a ofensividade da conduta prevista. Nesse sentido, quanto mais bem delineada for a forma de ofensa, mais claro será o bem jurídico protegido pelo tipo e, portanto, maior segurança se estará conferindo a este último, sob o aspecto de sua legitimidade. Segundo Gomes, trata-se de "[...] dizer, ao Direito penal e a todos a quem ele se dirige".<sup>56</sup>

Nesse contexto, recorre-se novamente ao referido autor para concluir que da interconexão entre ofensividade, legalidade e tipicidade advém a concepção de crime como "fato ofensivo típico", ou "fato formal e materialmente típico". Nas suas palavras, "o fato [...] passa a ser materialmente típico quando (para além de sua adequação formal à letra da lei) a ele se agrega o *plus* da ofensividade [...]".<sup>57</sup>

Portanto, tem-se como inerente ao conceito de crime a ofensividade da conduta descrita pelo tipo penal, no sentido ser necessário que provoque lesão ou, pelo menos, perigo de lesão ao bem jurídico-penal. Sem esse elemento, não se verifica tipicidade material em relação ao comportamento, ainda que formalmente previsto pelo tipo, e corre-se o risco de incorrer em um Direito Penal de mera violação de dever.

Por outro lado, a atual sociedade de risco<sup>58</sup> demanda cada vez mais uma tutela antecipada dos bens jurídicos, levando o legislador a intervir mais frequentemente com instrumentos repressivos, como o Direito Penal. Não obstante, tal intervenção não tem necessariamente por escopo evitar a produção de danos efetivos ao bem jurídico, mas apenas possibilitar um contexto de suposta

---

<sup>55</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 70-71.

<sup>56</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 481-483.

<sup>57</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 468-470.

<sup>58</sup> "Os conhecimentos tecnológicos e científicos, que deveriam ter o desenvolvimento, o bem-estar social e a dignidade e qualidade de vida humana como suas finalidades maiores, passam a ser, em decorrência da sua instrumentalização inconsequente levada a cabo pelo ser humano, com todo o seu poder de criação e destruição, a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo o ecossistema planetário, caracterizando um modelo de *sociedade de risco*, como bem diagnosticou o sociólogo alemão Ulrich Beck." (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 33)

segurança.<sup>59</sup> Por via de consequência, o que se vê é uma criminalização progressiva de condutas consideradas lesivas em si mesmas, ou seja, aptas, em tese, a vulnerar algum bem jurídico.<sup>60</sup>

O fenômeno descrito representa, uma crescente utilização do modelo de tipos de perigo abstrato. Todavia, essa tendência legislativa é vista com certa preocupação, na medida em que se observa uma recorrente falta de técnica dos elaboradores da Lei,<sup>61</sup> bem como outros problemas dogmáticos e de legitimidade relacionados à essa espécie de crime.<sup>62</sup>

Apesar disso, em razão da peculiaridade do bem jurídico ambiental, o legislador penal optou, em grande medida, pela utilização dos tipos de perigo abstrato, a fim de lhe oferecer uma proteção eficaz. No entanto, dessa contraposição emerge uma relevante problemática envolvendo a possibilidade de se adiantar a proteção do Direito Penal para momento anterior à lesão do bem jurídico, especialmente em áreas como o meio ambiente, tema que se passa a analisar a seguir.

## 2. A TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO AMBIENTAL E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A questão ambiental desponta, sem dúvida, como um dos mais importantes temas a serem tratados e debatidos pela sociedade nessa primeira metade do século XXI, tendo em vista que sua degradação e, porque não dizer, sua destruição, apresenta reflexos diretos na existência humana.<sup>63</sup> O desenvolvimento industrial e tecnológico, o vertiginoso crescimento demográfico, seguidos da desenfreada urbanização e do caráter consumista da sociedade contemporânea, têm representado, dentre outros fatores, as causas que conferem contornos dramáticos à temática do meio ambiente. Não obstante, em que pese a dependência da

<sup>59</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

<sup>60</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

<sup>61</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

<sup>62</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

<sup>63</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

civilização em relação a esse precioso bem, data de época recente o reconhecimento de sua real importância e a preocupação em conservá-lo.<sup>64</sup>

Em meio a esse cenário de crise ambiental, é possível constatar um verdadeiro "esverdear" do Direito Constitucional,<sup>65</sup> sobretudo a partir da década de 1970, em que as Constituições modernas passaram a conferir tratamento explícito ao meio ambiente em seus textos.<sup>66</sup> Nesse prisma, o constituinte brasileiro contemplou a temática ambiental no artigo 225 da Constituição Federal, cujo *caput* se revela de tal importância que se entende necessária sua integral transcrição, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Inicialmente, observa-se que o meio ambiente apresenta feições de bem jurídico supraindividual<sup>67</sup> e de cunho difuso<sup>68</sup>. Com efeito, os bens jurídicos

---

<sup>64</sup> A esse respeito, representa importante marco na criação de uma consciência universal acerca do tema, bem como constitui ponto inicial na busca de sua proteção jurídica, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, no ano de 1972. Com efeito, reconheceu-se o meio ambiente como um bem necessário à sobrevivência do homem, assim como essencial ao seu desenvolvimento, bem-estar e gozo dos demais direitos fundamentais. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65-68)

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 26.

<sup>66</sup> Nessa esteira, merecem especial destaque as Constituições da Grécia, de 1975, de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978, nas quais o constituinte brasileiro buscou inspiração para a abordagem do tema. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 69-72)

<sup>67</sup> Para além dos bens jurídicos individuais, existem aqueles de caráter supraindividual ou transindividual. Tomando-se por base o critério da titularidade, é possível diferenciá-los na medida em que, dos primeiros, é titular o indivíduo, e dos últimos, a coletividade. Isso não implica, todavia, em que bens jurídicos supraindividuais se sobreponham aos individuais, mas, ao contrário, entende-se inadmissível que, em um Estado democrático de Direito, haja preponderância hierárquica daqueles sobre estes. O que se tem é uma relação de complementariedade entre as categorias de bens jurídicos, devendo o indivíduo ser sempre o destinatário final da norma, ainda que de maneira indireta, mediata, como se verifica nos bens transindividuais (por exemplo, a saúde pública em relação à saúde individual, ou o meio ambiente em relação à qualidade de vida do homem). (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 105-106)

<sup>68</sup> Os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles que se assentam na fraternidade ou solidariedade (*v.g.*, meio ambiente, qualidade de vida, paz etc.), e se constituem essencialmente como direitos de titularidade coletiva ou difusa, ultrapassando a titularidade individual do sujeito. Com efeito, são características dos interesses difusos: a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa litigiosidade interna e a tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço. Esses interesses dizem respeito, simultaneamente, a todos os indivíduos e a cada um deles, não se tratando de uma simples pluralidade de interesses individuais, mas de um interesse comunitário. (MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 20-24; PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 75)

supraindividuais, em decorrência de seu caráter "desmaterializado", por assim dizer, afiguram-se de difícil apreensão. Isso porque, ao contrário dos bens jurídicos individuais, não se referem a um indivíduo ou objeto específico, motivo pelo qual não apresentam um substrato empírico de simples percepção.<sup>69</sup>

Observa-se, portanto, que a noção de meio ambiente se revela de mais fácil intuição do que definição, com uma essência de fácil compreensão, mas contornos imprecisos, difíceis de delinear.<sup>70</sup>

Diante disso, buscando uma definição, ou mesmo delimitação para esse bem jurídico, é possível partir da própria Constituição, que faz uma alusão ampla - o que não significa globalista<sup>71</sup> - à noção de ambiente,<sup>72</sup> e observar o caminho trilhado pelo legislador brasileiro que, notadamente, optou por salvaguardar, para além do ar, da água e do solo, também a fauna, a flora e os recursos do subsolo, na medida em que todos esses elementos se relacionam com a noção de um equilíbrio biológico

---

<sup>69</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 117-118.

<sup>70</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 106.

<sup>71</sup> Há três concepções acerca da matéria que merecem destaque: a globalista ou unitária, a restrita ou reduzida e a intermediária. A concepção globalista, como se pode intuir a partir do próprio nome que lhe é dada, apresenta um conteúdo mais alargado, e compreende como ambiente tudo o que circunda e condiciona a vida humana, incluindo, tanto elementos naturais (ar, água, fauna, flora etc.), quanto artificiais (monumentos, espaços arquitetônicos etc.). A crítica feita a essa concepção é no sentido de que, em virtude de sua exagerada amplitude, acaba por dificultar, ou até impossibilitar a delimitação do bem jurídico ambiental de natureza penal, permitindo, por via de consequência, que um número muito elevado de delitos possa ser compreendido como ofensivo ao meio ambiente. Já a concepção restritiva, por outro lado, traz um conceito eminentemente físico, no qual se inserem apenas os elementos fundamentais para a manutenção da vida humana (atmosfera, solo, águas terrestres e marítimas), de modo a descartar outros relativos ao território e à natureza (p. ex., os ruídos e os recursos naturais). Essa corrente, contudo, também se afigura insatisfatória, em virtude de seu caráter excessivamente reduzido, o que acaba por não garantir uma proteção suficiente ao bem jurídico ambiental, que faça jus à sua relevância constitucional. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 134; PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 108-111)

<sup>72</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 74.

dos sistemas naturais,<sup>73</sup> para construir a concepção de meio ambiente enquanto "sistema biológico" ou "ecossistema".<sup>74</sup>

Além disso, ainda em relação à delimitação do bem jurídico ambiental, é de se analisar a relação entre o homem e o meio ambiente, a fim de determinar o elemento nuclear, ou eixo gravitacional que atrai a proteção jurídico-penal. Nesse sentido, entende-se por mais adequada a teoria antropocêntrica ou mista - situada entre a corrente antropocêntrica absoluta e a ecocêntrica absoluta.<sup>75</sup> Esse antropocentrismo moderado compreende um meio ambiente "do homem" e "para o homem",<sup>76</sup> diante do que, pode-se concluir que se trata de um bem jurídico-penal autônomo, mas de caráter antropocêntrico. Dessa forma, sem prejuízo de sua autonomia, enquanto bem portador de substantividade,<sup>77</sup> não se descuida de seu inegável viés instrumental.<sup>78</sup>

Por outro lado, o constituinte, ao declarar o "direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado" como "essencial à sadia qualidade de vida", ou seja, consigná-lo como essencial a uma vida humana saudável e digna, consagrou a

---

<sup>73</sup> O meio ambiente não deve ser concebido como um conjunto de simples parcelas autônomas, mas dentro de uma lógica unitária, isto é, como um ciclo biológico dinâmico, no qual se inserem os singulares elementos da natureza (água, ar, flora, fauna etc.). Assim, o dano ambiental não se configura pela afetação de tais elementos em si, mas pelo consequente prejuízo ao ciclo biológico natural do qual são partes integrantes. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 136-137)

<sup>74</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 134-136.

<sup>75</sup> Por um lado, verifica-se a teoria ecocêntrica absoluta, segundo a qual o meio ambiente é considerado em si mesmo, isto é, independentemente de qualquer interesse humano. Essa corrente contrapõe-se à noção de meio ambiente como um bem meramente instrumental. Em posição diametralmente oposta, situa-se a teoria antropocêntrica absoluta ou pura que, justamente, entende que a proteção ao meio ambiente se justifica apenas na medida em que as lesões a esse bem acarretam danos para o homem. Em outras palavras, compreende-se o bem jurídico em questão como mero instrumento à proteção da saúde e da vida das pessoas. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 111-112; FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 141)

<sup>76</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 142.

<sup>77</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 112-113.

<sup>78</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 149-150.



proteção ambiental entre os valores fundamentais da República brasileira,<sup>79</sup> isto é, elevou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à categoria de direito fundamental.

Mas se em uma face da moeda estão os direitos fundamentais em matéria ambiental, na outra estão os deveres fundamentais relativos ao meio ambiente, na medida em que, voltando-se para a lição de Hesse, referida por Sarlet, "direitos fundamentais não podem existir sem deveres".<sup>80</sup> Nesse sentido, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se apresenta como exemplo paradigmático de direito-dever,<sup>81</sup> e impõe ao Estado o dever de protegê-lo<sup>82</sup> e promovê-lo, seja por normas administrativas, de responsabilidade civil ou mesmo de Direito Penal.<sup>83</sup>

Diante disso, a Carta constitucional de 1988, ultrapassando uma mera declaração formal de proteção ao meio ambiente, estabeleceu, no art. 225, § 3º<sup>84</sup>, de maneira explícita, a cominação de sanções penais e administrativas aos sujeitos que causarem lesão ao bem jurídico em questão. Com efeito, trata-se de um mandado expresso de criminalização, isto é, uma ordem do constituinte ao legislador<sup>85</sup>,

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 152.

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 133-135.

<sup>81</sup> Sarlet aponta o direito-dever de proteção ao meio ambiente como um direito de solidariedade, na medida em que, fugindo de uma "visão clássica-liberal", caracterizada por uma "oposição exclusiva de direitos fundamentais em face dos entes estatais", atribui-se aos particulares parte do encargo relativo aos direitos ecológicos. Assim, os direitos relativos ao meio ambiente manifestam-se também como deveres para seus titulares, "[...] limitando seus direitos subjetivos a fim de ajustar o seu exercício ao comando constitucional de proteção do ambiente." (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 144-147)

<sup>82</sup> O dever fundamental de proteção ao meio ambiente pode se manifestar tanto com natureza defensiva (não fazer) quanto prestacional (fazer), de modo que a escolha pela preponderância de uma ou outra carga normativa deve objetivar uma mais ampla proteção do bem jurídico ambiental. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 150-154)

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 186.

<sup>84</sup> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 de maio de 2015)

<sup>85</sup> Conforme ensina Milaré, baseando-se em lição de José Afonso da Silva, "não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, aviso ou lição, pois todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aquele de caráter mais acentuadamente ideológico-pragmático." Assim, os mandados constitucionais expressos de criminalização não podem ser compreendidos como mera sugestão ou, segundo pontua Feldens, como uma espécie de "aviso

indicando a necessidade de tutela penal do bem jurídico ambiental,<sup>86</sup> contexto em que resta afastada qualquer dúvida acerca da imprescindibilidade de se conferir proteção jurídico-penal ao ambiente, podendo-se, com segurança, considerá-lo um bem jurídico-penal.<sup>87</sup>

Assim, nota-se que, diante das exigências constitucionais impostas ao Estado, está ele não só "habilitado", como também "obrigado"<sup>88</sup> a construir um sistema normativo que defina certa e taxativamente as condutas lesivas ao ambiente,<sup>89</sup> a fim de protegê-lo. Mas conferir proteção penal a esse bem jurídico, em razão da sua natureza, apresenta-se como uma tarefa árdua. Para tanto, o legislador pode lançar mão de algumas modalidades de tipificação, sendo que a eficácia da proteção depende diretamente dessa construção.<sup>90</sup>

No que concerne à ofensividade da conduta prevista pelo tipo penal, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a existência de duas modalidades de crime, quais sejam, os crimes de dano e os crimes de perigo.<sup>91</sup> Crimes de dano são aqueles que exigem a ocorrência de uma lesão efetiva ao bem jurídico para sua consumação (*v.g.*, homicídio, art. 121 do Código Penal), ao passo que os crimes de perigo se consomem com a simples probabilidade de lesão.<sup>92</sup> O perigo<sup>93</sup>, por sua

---

aos navegantes". Com efeito, não se pode construir, a partir de onde a Constituição diz "a lei considerará crime" (art. 5º, XLIII), que "a lei poderá considerar crime". (MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 177; FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 84-86)

<sup>86</sup> FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73.

<sup>87</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 76-77.

<sup>88</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 191.

<sup>89</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

<sup>90</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

<sup>91</sup> Cumpre esclarecer que tal classificação não se confunde com aquela relativa aos delitos materiais, formais e de mera conduta. Quando se refere crimes de dano ou de perigo, o critério levado em consideração é sempre o bem jurídico protegido pelo tipo penal. Por outro lado, ao falar-se em crimes materiais, formais ou de mera conduta, tem-se em conta o resultado naturalístico do agir criminoso descrito, isto é, toma-se por referência o substrato material sobre o qual recai a ação, de sorte que se tratam de classificações totalmente distintas, construídas a partir de referências distintas. (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 56-57)

<sup>92</sup> A aferição de perigo diz com um juízo de probabilidade e não de mera possibilidade. Com efeito, a conduta deve ser idônea a lesionar o bem jurídico. Nesse sentido, conforme esclarece Silva, "a probabilidade situa-se em um nível mais intenso em confrontação com a possibilidade, configurando uma situação de real potencialidade para a ocorrência do evento, excluindo a eventualidade. Abrange o provável, enquanto a mera possibilidade admite também o improvável." (SILVA, Ângelo Roberto

vez, pode ser concreto ou abstrato, o que irá depender do risco oferecido ao bem jurídico.<sup>94</sup>

Assim, nos crimes de perigo concreto exige-se a comprovação de risco efetivo de lesão ao bem jurídico, devendo-se realizar um juízo de constatação caso a caso acerca da existência de um perigo real, palpável, mensurável.<sup>95</sup> Já nos crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido, segundo a maior parte da doutrina, *jure et jure*, diante do que, não é necessária sua comprovação no caso concreto, mas apenas um juízo *ex ante*, de cunho genérico, para determinar a idoneidade lesiva da conduta.<sup>96</sup>

No Brasil, a matéria ambiental não foi incluída no Código Penal, o que é alvo de muitas críticas por parte da doutrina, na medida em que um critério unitário<sup>97</sup>

Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 54-55)

<sup>93</sup> A noção de perigo não constitui entendimento pacífico, podendo ele ser compreendido como um ente irreal (apenas normativo) ou real. Existem, pois, três teorias. A primeira delas, denominada subjetiva, tem que o perigo não existe, objetivamente. É uma mera representação mental, um fruto da imaginação. A segunda, chamada objetiva, contrapõe-se à anterior, pois sustenta que o perigo é sim real, ou melhor, um "trecho da realidade". Por fim, a teoria que desponta como solução para a questão situa-se em uma posição intermediária e concilia as outras duas posições, ao afirmar que o perigo é, ao mesmo tempo, objetivo e subjetivo, porquanto existe como realidade e, justamente em razão disso, afigura-se perceptível, revelando-se aí seu viés subjetivo. (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 54)

<sup>94</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255.

<sup>95</sup> Esse perigo geralmente é previsto na própria descrição típica, como ocorre no crime de incêndio (art. 250 do Código Penal). Sem embargo, há também casos em que o legislador não o explicita, a exemplo do crime de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86). (TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 143; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 68-71)

<sup>96</sup> Nessa modalidade, o perigo não constitui elemento do tipo, mas apenas sua motivação. Pode-se apontar como exemplo dessa espécie de crime o tráfico de entorpecentes (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), no qual há presunção absoluta de perigo para a saúde pública, ou o crime de moeda falsa (art. 289 do Código Penal), no qual se presume abalo à fé pública. No entanto, observa-se que não há consenso acerca do caráter absoluto da presunção de perigo. Parte da doutrina entende que tal presunção é relativa, *juris tantum*, e não *jure et jure*, conforme exposto anteriormente. Dessa forma, admitir-se-ia prova em contrário acerca da existência de risco de lesão ao bem jurídico no caso concreto. Chega-se inclusive a falar em uma categoria intermediária de crimes de perigo, qual seja, os crimes de perigo abstrato-concreto. Essa terceira classificação é de pouca clareza e apresenta o perigo, simultaneamente, como abstrato - na medida em que não se exigiria a verificação de lesão caso a caso - e concreto - porquanto a conduta deveria ser concretamente idônea a lesionar o bem jurídico. Todavia, mostra-se pouco proveitosa a adoção desse sistema tripartite, na medida em que a simples aceitação de uma presunção relativa de perigo, excepcionalmente, nos delitos de perigo abstrato, já é capaz de afastar a necessidade de uma terceira categoria autônoma. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 121; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.72-81)

<sup>97</sup> Segundo Prado, pelo critério "unitário", "[...] a legislação penal é reunida (pelo menos a básica) e integrada, de preferência, no Código Penal, de modo separado e autônomo, em título ou capítulo

permitiria maior harmonia entre os dispositivos, bem como facilitaria o conhecimento e a interpretação dos tipos penais ambientais. Nesse sentido, pontua Prado não ser "[...] conveniente, nem oportuno remeter à legislação extravagante a tutela penal de um bem jurídico essencial como o ambiente."<sup>98</sup>

Feita essa ressalva, verifica-se na Lei nº 9.605, de 1998, conhecida como Lei dos Crimes Ambientais, em seus artigos 29 e seguintes, as sanções penais e administrativas para as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente.<sup>99</sup> Com efeito, é justamente em relação à interação entre normas administrativas e normas penais que recai o primeiro ponto de análise acerca da proteção penal do ambiente no ordenamento pátrio.

Quando se observa o referido diploma legal, de início é possível notar que grande parte dos tipos penais remete a atos ou normas administrativas.<sup>100</sup> Há, na legislação em questão, fartos exemplos desse fenômeno, nos quais a conduta prevista revela-se punível na medida em que praticada "sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida" (art. 29 da Lei nº 9.605/98).

Constata-se, pois, a existência de uma certa dependência do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo na seara da tutela ambiental, ou seja, é possível perceber uma relação de acessoriedade.<sup>101</sup> Todavia, quando esse modelo é utilizado

---

próprio. É, por exemplo, o tratamento dado pelo Código Penal alemão [...]. Não obstante, na maioria dos países opta-se pela utilização da chamada legislação de tipo "mosaico", diretiva segundo a qual realiza-se a tipificação por meio de leis setoriais. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 80-81)

<sup>98</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 81-82.

<sup>99</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 176.

<sup>100</sup> Determinadas áreas (*v.g.*, Ordem Econômica, Ordem Tributária), em razão de sua dinamicidade, exigem uma atividade normativa mais constante. Diante dessa realidade, a fim de obter uma maior estabilidade do dispositivo penal, opta o legislador, muitas vezes, pela modalidade da norma penal em branco. Tais tipos consistem naqueles em que a descrição da conduta afigura-se incompleta, isto é, dependem de complementação de outro dispositivo legal, o qual pode estar contido na própria lei, em outra lei ou mesmo em disposição normativa, oriunda de outro Poder. Tendo em vista o caráter difuso, técnico e complexo da matéria ambiental, acaba-se por utilizar com certa frequência essa modalidade de tipificação. No entanto, é de se destacar que a técnica legislativa da norma penal em branco, caso mal empregada, pode levar à violação do princípio da legalidade, pois diz com a definição da conduta típica. Assim, deve ser utilizada com cautela pelo legislador e apenas quando necessário. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 84-87)

<sup>101</sup> Segundo a classificação concebida por Heine, pode-se classificar os modelos de acessoriedade em três grupos. No primeiro, o Direito Penal aparece "absolutamente dependente da administração". Nesse caso, a função da intervenção penal é assegurar a execução administrativa, ou seja, a sanção é aplicada ao simples descumprimento de um ato ou norma administrativa. Já no segundo, o Direito Penal constitui-se "absolutamente independente da administração" e o bem jurídico é dotado de tamanha importância que o legislador deixa de considerar o descumprimento de preceitos

em excesso, como se tem visto frequentemente na tutela penal do meio ambiente, o resultado é a ocorrência de um processo de administrativização do Direito Penal.<sup>102</sup>

No entanto, quando os limites do Direito Penal passam a se confundir com os do Direito Administrativo, e o legislador penal tenta assumir o ofício de administrador de governo da sociedade, de modo a proteger não mais bens jurídicos, mas sim meras "funções"<sup>103</sup> administrativas, a consequência é justamente a abdicação da figura do bem jurídico como elemento legitimante do ilícito penal - e da punibilidade do agente - e, por conseguinte, a aceitação de crimes de mera desobediência.<sup>104</sup> Poder-se-ia, nesse contexto, lançar mão do Direito Penal para desempenhar uma função meramente sancionatória, afastando-o de sua tarefa primordial de proteger subsidiariamente os bens jurídicos, diante do que se teria não mais uma tutela de bens, mas uma tutela de "funções".<sup>105</sup>

Contudo, a aceitação de ilícitos de mera desobediência implica em um sistema penal voltado para a repressão ao descumprimento de obrigações administrativas,<sup>106</sup> transformando-o em mera extensão do Direito Administrativo sancionador.<sup>107</sup> Dessa forma, as "funções" devem servir apenas como marco

---

administrativos como condição para a punibilidade. Sem embargo, são raros os casos de independência absoluta. Por fim, em busca de um modelo de intervenção penal equilibrado, observa-se a existência do terceiro grupo, que apresenta um Direito Penal "relativamente dependente da administração". Nessa última categoria, não basta a desobediência administrativa, existe uma preocupação em se determinar um *quantum* mínimo de ofensividade no comportamento criminalizado. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 158-163)

<sup>102</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 124-125.

<sup>103</sup> A "função" em si (*v.g.*, gestão ambiental) não é dotada de conteúdo ou sentido próprio, não constitui algo real, independente, dotado de substantividade. Ao contrário, o bem jurídico representa uma entidade dotada de substância real, empírica, e é dotado de valor e sentido (*v.g.*, meio ambiente). Assim, segundo a lição de Prado, "em termos fenomenológicos, pode-se dizer que o bem jurídico penal, enquanto objeto cultural (*ser* real não sensível), *é* e *existe*, ao passo que a *função*, como objeto ideal objetivo, não *é* e não *existe*." (PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 56-59.)

<sup>104</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 124-125.

<sup>105</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 178-179.

<sup>106</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 163-164.

<sup>107</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 153.

referencial para a estruturação do delito e não constituir um fim em si mesmas.<sup>108</sup> Não obstante, o que fez o legislador brasileiro, na tutela penal do ambiente, foi valer-se em grande medida dessa técnica de acessoriedade, concebendo tipos penais que não apresentam um conteúdo material, ou, melhor dizendo, um bem jurídico-penal claramente definido.<sup>109</sup>

Isso acarreta consequências graves no plano dogmático, principalmente no que tange aos problemas de compatibilidade com o princípio da ofensividade. Com efeito, a violação a um preceito administrativo, enquanto simples violação de um dever imposto pelo Estado, não carrega consigo um significado desvalioso. Pelo contrário, revela-se temerário permitir que o preenchimento do tipo dispense a constatação de qualquer vinculação material entre a conduta e o bem jurídico.

Em que pese ser inequívoca a necessidade de se conferir proteção penal (eficaz) ao meio ambiente, não se pode, para tanto, violar princípios constitucionais penais ou legislar e julgar em desacordo com os preceitos do Estado democrático de Direito. Daí porque não deve prevalecer a noção de crimes ambientais como delitos de desobediência, já que tal concepção não fornece um conteúdo material para o ilícito.

No entanto, há também de se considerar que em âmbitos como o meio ambiente, em que as referências empíricas tomam contornos abstratos, difíceis de precisar, torna-se muito sutil a diferença entre lesão efetiva e perigo ao bem jurídico.<sup>110</sup> Observe-se, por exemplo, o crime previsto no artigo 29 da Lei nº 9.605/98<sup>111</sup>. O sujeito que mata uma espécie da fauna silvestre pratica, sem dúvida, uma conduta formalmente típica. Mas a questão é: há uma lesão ao bem jurídico ambiental? A resposta, pois, é quase sempre, mas não necessariamente, negativa. Igualmente, não há como verificar se há um perigo real, concreto, de dano ao meio

---

<sup>108</sup> PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

<sup>109</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 176.

<sup>110</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

<sup>111</sup> 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. (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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 22 de maio de 2015)

ambiente nesse agir delituoso. Em razão disso, acaba-se por presumir o perigo, de sorte que, sem prejuízo da classificação quanto ao objeto material do tipo (crimes materiais, formais e de mera conduta), os crimes ambientais serão quase sempre de perigo abstrato.<sup>112</sup>

Além disso, existem outros fatores que favorecem a utilização dessa técnica legislativa, como a extrema dificuldade prática, para não dizer, impossibilidade, de se traçar um nexos causal entre o resultado de afetação ambiental e a conduta do agente,<sup>113</sup> o que ocorre, por exemplo, no crime de poluição (art. 54 da Lei nº 9.605/98). Em relação a este mesmo delito, pode-se também observar a problemática relacionada àquelas condutas que, isoladamente, não apresentam relevante lesividade ou perigo, mas que, somadas, ganham maior expressividade (crimes de acumulação).<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Considerando o caráter peculiar do bem jurídico ambiental, observa-se que, em que pese a maioria dos crimes ambientais incidirem na modalidade de perigo abstrato, isso não é necessariamente uma regra. Nessa esteira, nota-se possível que até um mesmo dispositivo penal possa variar entre crime de dano e crime de perigo, abstrato ou concreto, dadas as circunstâncias no caso. Pode-se exemplificar, nesse sentido, o artigo 29 da Lei nº 9.605/98. trata-se, à primeira vista, de um crime de perigo abstrato. Sem embargo, considerando o bem jurídico ambiental enquanto um ecossistema (equilibrado), é possível que em determinado contexto, como por exemplo, o de uma espécie em extinção, a morte de apenas um, ou alguns animais seja o bastante para causar um significativo desequilíbrio e, por consequência, um dano ambiental. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118; D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 125)

<sup>113</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 107.

<sup>114</sup> Nesse grupo particular de delitos, inserem-se aqueles nos quais a conduta praticada, considerada individualmente, é inofensiva ao bem jurídico, incapaz de gerar qualquer dano ou perigo de dano ao objeto de tutela da norma, mas caso seja realizada por um grande número de pessoas, isto é, de maneira reiterada, torna-se extremamente danosa. Essa modalidade dogmática difere-se dos demais crimes de perigo abstrato, na medida em que não há, nessa hipótese, sequer uma perigosidade geral ou abstrata relacionada à conduta punível. A imputação funda-se, portanto, não no perigo da conduta em si, mas no que ocorreria se todos fizessem o mesmo, ou seja, a partir de uma suposição teórica de repetição. Sem embargo, para além da evidente incompatibilidade dessa figura dogmática com o princípio da ofensividade, é possível apontar outras inconformidades relacionadas a postulados fundamentais do Direito Penal contemporâneo, razões que revelam a noção de acumulação como totalmente inaceitável, como bem aponta Figueiredo: "Em atenção ao princípio da culpabilidade, só poderemos responsabilizar o sujeito por sua própria conduta, praticada ao abrigo de sua vontade. Seria, portanto, uma afronta aos limites à responsabilização daí decorrentes, se se considerasse punível um comportamento singular por produzir um 'resultado' que se *presume* como consequência não daquele mesmo comportamento singular, mas de uma série de outras ações, completamente desvinculadas daquela primeira e alheias à vontade do sujeito individual. [...] Ora, como se depreende da moderna teoria da imputação objetiva, a imposição de uma pena criminal estará sempre condicionada à realização de uma ação objetivamente desvaliosa, o que, de fato, não ocorre nos *Kumulationsdelikte* [delitos de acumulação]. [...] Tudo isso como consequência de uma tendência expansiva (ou maximalista), preponderante nos mais recentes processos de criminalização, e da assunção de uma lógica eficientista, desatenta aos elementos valorativos (materiais), limitadores do direito de punir. Por decorrência lógica, facilmente se conclui que essas figuras dogmáticas contrastam com um direito penal vocacionado para a proteção exclusiva de bens jurídico-penais [...]"

Ainda, é de relevo o já mencionado aspecto da eficácia da proteção penal, porquanto, em razão da natureza difusa do bem jurídico ambiental, só é possível verificar um dano efetivo quando este já tomou proporções catastróficas, irreparáveis ou irreversíveis (v.g., "buraco" na camada de ozônio, extinção de uma espécie),<sup>115</sup> motivo pelo qual procura-se antecipar a proteção penal.

No entanto, mesmo em face de tais considerações, os problemas relativos às exigências de legitimidade material do ilícito subsistem, com especial destaque para a questão da (in)ofensividade. Nesse sentido, pondera Gomes que "[...] o adiantamento exagerado da intervenção punitiva [...] não somente suscita conflitos com clássicos princípios (intervenção mínima, ofensividade, culpabilidade etc.), senão, principalmente, graves problemas de legitimação."<sup>116</sup> Chega-se inclusive a refutarem-se inconstitucionais os delitos de perigo abstrato, na medida em que não representam um real e concreto perigo de lesão ao bem jurídico-penal.<sup>117</sup>

Realmente, o fato de ser desnecessária a entrada do bem jurídico no raio de ação da conduta criminalizada, supostamente perigosa,<sup>118</sup> representa evidente descompasso em relação ao princípio da ofensividade.<sup>119</sup> Ora, afigura-se, no mínimo, contraditório reconhecer o Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e, ao mesmo tempo, menosprezar a necessidade de ofensa a esses bens para a configuração do ilícito. Segundo D'Avila, seria o mesmo que dizer que

(D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 118-121; FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 197-198; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 97)

<sup>115</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 143-144.

<sup>116</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 470.

<sup>117</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

<sup>118</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 109-111.

<sup>119</sup> A análise da legitimidade do ilícito típico pode ser dividida em dois momentos distintos. "Primeiro, (a) se há um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma. [...] E, segundo, (b) se há, no caso concreto, uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, tradicionalmente percebida através da verificação de um dano ou perigo ao objeto de proteção da norma." (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 106) Diante disso, pode-se perceber que os delitos ambientais de perigo abstrato não apresentam inconformidade em relação ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, na medida em que, conforme demonstrado, o meio ambiente constitui-se inegavelmente como bem jurídico digno de tutela penal, mas apenas em relação ao princípio da ofensividade, que diz com o segundo momento de análise da legitimidade do delito, isto é, com a verificação de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal.



"[...] para a proteção de bens jurídicos, devemos proibir condutas não ofensivas a bens jurídicos."<sup>120</sup>

Mas nesse contexto, em que o legislador, diante de uma extrema dificuldade dogmática para proteger o bem jurídico ambiental, encontrou na técnica dos crimes de perigo abstrato uma maneira, até certo ponto, eficaz de fazê-lo, é de se questionar, em meio à tantas críticas direcionadas a tal modelo, se ainda é possível identificar, nesse grupo de crimes, um conteúdo mínimo de ofensividade,<sup>121</sup> capaz de permitir uma via interpretativa que os torne coerentes com os irrenunciáveis fundamentos de um Direito Penal liberal.<sup>122</sup>

Conforme referido anteriormente, o direito fundamental ao meio ambiente representa, a partir do panorama constitucional, um imperativo de tutela. Significa dizer que a Constituição transfere ao legislador infraconstitucional o dever de proteger esse bem jurídico e, para além, determina que o faça de maneira eficiente, valendo-se inclusive, no particular caso do meio ambiente, do Direito Penal.<sup>123</sup>

Nesse contexto, situa-se o legislador ordinário entre uma "proibição de insuficiência de proteção" e uma "proibição de excesso de intervenção",<sup>124</sup> já que, por outro lado, não se pode suprimir direitos e garantias fundamentais com vistas a uma política criminal eficiente e exitosa. Com efeito, essa linha de raciocínio, tão cara ao Estado democrático de Direito, impõe um custo, por assim dizer, às

<sup>120</sup> Como bem aponta Figueiredo, mais perigosa ainda pode ser a consequência desse entendimento, porquanto "a partir do momento em que se considera legítima [...] a edição de ilícitos-típicos de perigo abstrato ou presumido, essa presunção de lesividade acaba por converter qualquer criminalização antecipada numa legítima intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos." (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 188; D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 107)

<sup>121</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 109.

<sup>122</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 210.

<sup>123</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 194.

<sup>124</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 192-194.

pretensões político-criminais estatais, no sentido de que nem tudo pode ser objeto de criminalização.<sup>125</sup>

Tais limitações manifestam-se não só quanto aos objetos tuteláveis pelo Direito Penal, mas também quanto à técnica legislativa a ser empregada para sua proteção.<sup>126</sup> Neste particular, a ofensividade representa não só importante critério de orientação legislativa, como também de validade e delimitação do ilícito. Assim, a exigência de ofensividade não se dirige apenas ao legislador, mas também ao intérprete e aplicador da Lei Penal, demandando deste último uma atividade hermenêutica atenta e voltada para a observância desse princípio.<sup>127</sup>

Diante disso, a questão é a viabilidade de uma rearrumação dogmática que permita que, mesmo quando o legislador opte pela técnica do perigo abstrato, seja possível considerar o bem jurídico como parte integrante do conteúdo do ilícito e não como mera *ratio legis*.<sup>128</sup>

Para tanto, a premissa inicial de que se parte é a de que o perigo abstrato consiste em uma probabilidade de dano ao bem jurídico, e é essa relação que constitui o limite objetivo dentro do qual se permite movimentar um Direito Penal do ambiente que se pretende legítimo.<sup>129</sup> Explica-se: na busca por um critério positivo de análise, o primeiro marco a ser definido é justamente aquele situado em uma zona limítrofe. Assim, no tocante à probabilidade de dano, o critério extremo é a possibilidade de dano, porquanto, para que seja provável, é imprescindível que seja, no mínimo, possível o dano ao bem jurídico.

Contudo, mesmo definido esse critério negativo, ou cláusula mínima, observa-se que o simples juízo de possibilidade não é o bastante para legitimar a intervenção

<sup>125</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 106.

<sup>126</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 106.

<sup>127</sup> Acerca da importância do intérprete, no sentido de possibilitar uma aplicação do ilícito em coerência com um Direito Penal da ofensividade, é esclarecedora a lição de D'Avila, no sentido de que "[...] todas as deficiências legislativas deverão ser corrigidas a partir de um filtro hermenêutico que, muitas vezes, poderá restringir o âmbito de aplicação do ilícito-típico, em um processo hermenêutico de correção e recuperação do ilícito, quando, por certo, o tipo penal permitir tal correção, e, outras vezes, pela total incapacidade de adequação à noção de ofensividade, deverá levar inevitavelmente ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade." (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 74-75)

<sup>128</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 203-204.

<sup>129</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 111.

penal. Tal parâmetro atua apenas para afastar, de imediato, as condutas que claramente não detêm relevância penal, mas ainda não é suficiente para determinar quais devem ser criminalizadas. Neste ponto, portanto, insere-se de maneira complementar a noção de "não-insignificância", do que resulta a ideia de perigo abstrato como uma "possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico".<sup>130</sup>

Não obstante, o exposto até então não é capaz de resolver a totalidade do problema. Resiste um ponto não abarcado pelo critério acima trabalhado: como é possível ponderar a possibilidade de dano ao bem jurídico, se este sequer entra no raio de ação da conduta prevista pelo tipo?

Pois bem. É necessário ter em conta que a ofensa advinda dos crimes de perigo abstrato é uma "ofensa de cuidado-de-perigo".<sup>131</sup> Esse conceito deriva da noção de que há uma "teia de cuidados recíprocos que estrutura o ser comunitário"<sup>132</sup>, de sorte que a ofensa ao bem jurídico é um desvio que diz com essas relações de cuidado, as quais legitimam o próprio Estado,<sup>133</sup> e busca o legislador penal proteger.

<sup>130</sup> Convém alertar que o critério de significação não corresponde a um juízo probabilístico, numérico ou estatístico, mas sim de relevância, que poderá variar de acordo com o tipo de ilícito em questão e o contexto em que se insere a conduta praticada. Nesse sentido, observe-se, por exemplo, um elemento como a energia nuclear. Evidentemente que um dano causado ao bem jurídico nessa seara pode acarretar consequências catastróficas e, por essa razão, mesmo uma possibilidade mais remota de dano já pode ser considerada não-insignificante, isto é, detentora de desvalor suficiente para dar suporte material a um crime de perigo abstrato. (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 112-113; SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 55)

<sup>131</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 114.

<sup>132</sup> Segundo a análise existencial heideggeriana, o homem é cuidado. Partindo dessa premissa, D'Avila explica que "ser-se é, assim, cuidar-se, mas é também ser-se-com e, portanto, nessa abertura do ser para com o outro, cuidar-se é cuidar também do outro como expressão elementar do ser-no-mundo que, sendo, projeta-se, em sua fragilidade, no outro, e cuidando-se, no cuidado-para-com-o-outro. A ação de ser-se-no-mundo, que é sempre uma ação de ser-se-com, atira o ser-aí em uma teia de relações recíprocas de cuidado que estruturam e dão consistência ao ser comunitário." Com efeito, uma comunidade humana constitui-se repleta de perigos, e é apenas a partir da reciprocidade de cuidados que se pode encontrar segurança. Assim, perigo e cuidado representam dimensões de uma mesma realidade. "É no perigo e pelo perigo que o cuidado encontra razão de ser, sendo, por isso, o cuidado, sempre cuidado-de-perigo." Tal raciocínio constitui matriz ontológica do próprio Direito Penal, na medida em que o ilícito diz justamente com a oscilação dessa "teia de cuidados", isto é, desta "relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo". Diante disso, conclui o autor: "o direito penal enquanto ponto forte de convergência dos princípios da segurança e da culpa é a expressão fragmentária da *ordem de valores* que a *objetivação do cuidado* faz emergir - eis que todo o cuidar reclama a definição daquilo que se cuida -, e cuja insuportável violação é denunciada pelo ilícito." (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 48-50)

<sup>133</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 203.

De outro lado, deve-se também conceber o bem jurídico como algo dinâmico, que se situa dentro de um campo de atuação ou, melhor dizendo, dentro de uma esfera de manifestação, a qual, por sua vez, consiste no espaço necessário à própria existência do bem.<sup>134</sup> Recorre-se a um exemplo gráfico para melhor ilustrar a ideia. Imagine-se, por exemplo, um átomo, o qual, sabe-se, é constituído por um núcleo e por elétrons que o circundam. Com efeito, esse átomo depende, para sua existência, da nuvem de elétrons que o cerca. Ora, é, portanto, como se a existência do bem jurídico não estivesse adstrita apenas ao núcleo, de modo a depender também dessa esfera externa de manifestação.

Partindo dessas duas premissas, tem-se que o crime de perigo abstrato representa, em verdade, uma ampliação da tutela penal, a fim de abranger o campo de atuação do bem jurídico. Assim, nessa modalidade de ilícito, em que pese o bem jurídico não estar no raio de ação da conduta prevista, tal agir acarreta interferência na sua esfera de manifestação, retirando-lhe a segurança de sua continuidade existencial.<sup>135</sup>

Em síntese, o critério de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico leva também em consideração a ocorrência de turbação à esfera de manifestação do mesmo. Sob uma perspectiva prática, considerar-se-ão aptas ou idôneas a produzir perigo para o bem jurídico (possibilidade não-insignificante de dano) aquelas condutas que, aferidas mediante um juízo *ex ante*, acarretam uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa no campo de atuação desse bem, restando aí preenchido o requisito de ofensividade.<sup>136</sup>

<sup>134</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 115.

<sup>135</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 115.

<sup>136</sup> D'Avila ilustra bem a diferença entre dano e os graus de perigo a partir de um exemplo de trânsito: "Em uma estrada de duplo sentido, o condutor A resolve fazer uma ultrapassagem imprudente no preciso momento em que possui à sua frente uma curva que lhe retira a visibilidade. Daqui, três situações podem seguir: (1) o condutor A, ao realizar a ultrapassagem, encontra um carro em sentido contrário, com o qual se choca, provocando a morte do condutor B. (2) O condutor A, encontra um carro em sentido contrário, com o qual não se choca, em razão de uma manobra defensiva realizada pelo condutor B, que o faz, até mesmo, sair da estrada. (3) O condutor A não encontra nenhum carro em sentido contrário, conseguindo concluir a ultrapassagem. Como se percebe, em uma perspectiva *ex ante*, as três situações são idênticas, diferenciando-se apenas em uma perspectiva *ex post*. O condutor A cria *situações de perigo* que evoluem de forma diferente e que irão caracterizar diferentes formas de ofensividade. No primeiro caso, um dano; no segundo, um concreto pôr-em-perigo; e, no terceiro caso, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Afinal, não há dúvida de que, ao realizar a ultrapassagem, o condutor A cria uma situação de perigo que intersecciona a esfera de manifestação do bem jurídico, retirando-lhe a tranqüila expressão - que, em determinadas situações, pretende preservar a norma - mediante uma significativa possibilidade de dano. O que, por certo, não ocorreria, se, por alguma razão, como, *v.g.*, na hipótese da estrada estar fechada em sentido contrário, não

Com efeito, a ressalva que se faz é que só há falar em ofensa de cuidado-de-perigo à luz de um contexto concreto. Isso porque é justamente a partir da análise do contexto, juntamente com as características do tipo em questão, que se pode determinar a existência de uma probabilidade de dano.<sup>137</sup> Dessa forma, deverá o juiz, no caso concreto, atestar, a partir de um juízo *ex ante*, a capacidade ofensiva da conduta,<sup>138</sup> a fim de preencher materialmente o tipo penal.<sup>139</sup>

A construção hermenêutica trabalhada ao longo deste ponto vem a reforçar a ideia de que a presunção de perigo abstrato não é absoluta, mas *juris tantum*, na medida em que se viabiliza ao intérprete renunciar à imposição de pena quando não verificar ofensividade na conduta prevista pelo tipo.<sup>140</sup> Isso também acarreta outras consequências benéficas, como, por exemplo, a viabilidade de uma aplicação juridicamente coerente do princípio da insignificância.<sup>141</sup>

---

fosse possível afirmar a referida possibilidade de dano." (D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 115-116)

<sup>137</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 121.

<sup>138</sup> Essa aferição no caso concreto não se confunde, todavia, com aquele a ser realizado nos crimes de perigo concreto. Com efeito, naquele caso é necessário que se verifique, no contexto concreto, não só a aptidão da ação para produzir perigo (juízo *ex ante*) para o bem jurídico, mas também se ela efetivamente o produziu (juízo *ex post*). Já nos crimes de perigo abstrato, tal análise é necessária só em relação à primeira etapa. Assim, pode-se diferenciar a referida aferição em ambos os casos a partir de um artifício semântico muito simples: nos crimes de perigo abstrato, o juiz deve analisar se a conduta poderia causar perigo ao bem jurídico, enquanto nos crimes de perigo concreto, o julgador deve analisar se a conduta causou perigo ao bem jurídico.

<sup>139</sup> Neste ponto, cumpre chamar à atenção para que se deve ter em mente, em razão da opção teórica por um antropocentrismo moderado, que o meio ambiente, para além de constituir um bem jurídico autônomo, detém um viés instrumental. Dessa forma, é possível situar em uma mesma zona de afetação não só o ecossistema, mas também interesses pessoais (*v.g.*, vida, saúde, patrimônio), ainda que de maneira mediata, de sorte que se revela possível medir a ofensividade da conduta também a partir destes últimos. (FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 207-210)

<sup>140</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 209.

<sup>141</sup> Quanto ao problema relacionado à aplicação do princípio da insignificância nos crimes ambientais, observa-se, inicialmente, que tal princípio posiciona-se como uma forma de defesa contra o uso excessivo do instrumento penal, de maneira a excluir a tipicidade de condutas cuja lesividade em relação ao bem jurídico seja mínima, irrelevante. Mas, diante disso, a questão é: partindo-se do pressuposto de que a lesividade da conduta é presumida de pleno direito, como seria possível determinar a insignificância do agir praticado no caso concreto? Se o legislador define que determinada conduta, ainda que mera desobediência a uma prescrição administrativa, representa perigo ao bem jurídico-penal tutelado, resta automaticamente afastada a possibilidade de excluir a tipicidade dessa conduta em razão de seu caráter supostamente bagatelar. (PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 115; D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 118)

Neste passo, o que se buscou foi, em verdade, encontrar uma via interpretativa que torne os vigentes crimes ambientais coerentes com os critérios de legitimação da intervenção penal.<sup>142</sup> Evidentemente que no âmbito de criação da Lei Penal é aconselhável valer-se, sempre que possível, de outras técnicas legislativas, como os crimes de dano e os de perigo concreto, de modo a lançar mão dos delitos de perigo abstrato apenas quando estritamente necessário à uma eficaz proteção do bem jurídico-penal.

Além disso, é igualmente ideal que o legislador exponha claramente, já quando da concepção dos tipos penais, a perigosidade ou lesividade da conduta punível, de maneira a afastar dúvidas quanto ao seu desvalor material. No entanto, o legislador brasileiro assim não o fez, de modo que a Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) apresenta diversas amostras de uma técnica de tutela imprecisa e casuísta.<sup>143</sup>

Nesse contexto, em que o imperativo de tutela ambiental demanda proteção a esse bem jurídico-penal, proibindo, por um lado, a insuficiência e, por outro, o excesso, o que se pode constatar é a necessidade uma construção interpretativa que permita compreender os crimes ambientais de perigo abstrato em conformidade com os irrenunciáveis postulados de limitação da intervenção punitiva.<sup>144</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se demonstrar que o Direito Penal contemporâneo não pode prescindir de uma base empírica, de um conteúdo que o vincule à realidade. Com efeito, desde o Iluminismo busca-se impor um limite ao ímpeto criminalizador do legislador, exigindo-lhe fundamentos mais concretos para a concepção do ilícito.

Nesse contexto, a noção de bem jurídico afigura-se como pedra angular da ideia de crime, na medida em que viabiliza a construção de um conceito material. Apesar da falta de consenso na formulação de uma concepção precisa de bem

<sup>142</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 209-210.

<sup>143</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 204.

<sup>144</sup> FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 210.

jurídico, parece ponto pacífico que os valores personificados por essa figura dogmática guardam relação de plena coerência com o quadro axiológico constitucional. Isso conduz, senão, à obrigatoriedade de interpretação do Direito Penal conforme a Constituição.

Tal linha de raciocínio apresenta reflexos tanto no momento da criação da Lei Penal, quanto no de sua aplicação. Nesse sentido, observou-se que a proteção dos bens jurídicos não incumbe tão somente ao Direito Penal, mas a todo o ordenamento jurídico, diante do que, levando em consideração a gravidade das sanções impostas por esse instrumento repressivo, deve o mesmo ser utilizado apenas quando estritamente necessário.

Neste passo, a concepção do Direito Penal enquanto instrumento de tutela dos bens jurídicos revela-se indissociável da noção de ofensividade, porquanto é precisamente em nome da proteção desses bens que se justifica a criminalização. Assim, exige-se da conduta criminalizada que seja lesiva ou que, pelo menos, apresente perigo para o bem jurídico-penal protegido pelo tipo. Com efeito, a dispensa de ofensividade leva a uma compreensão autoritária de Direito Penal, em que o legislador é absolutamente livre sob o aspecto material e o crime transforma-se em uma simples violação do dever de obediência ao Estado.

Não há exemplo mais paradigmático acerca do que um modelo de Direito Penal dessa natureza é capaz de fazer do que o nacional-socialismo alemão. Esvaziar o ilícito penal de um conteúdo material e transformá-lo em mero delito de desobediência revela-se não só perigoso, mas contrário à concepção de um Estado democrático de Direito atento às garantias e liberdades fundamentais.

Não obstante, o Estado constitucional contemporâneo apresenta novos desafios à dogmática do bem jurídico, notadamente no que tange aos bens jurídicos supraindividuais. A atual sociedade de riscos demanda uma atuação cada vez mais enérgica do legislador, o que, por outro lado, não pode justificar a inobservância de inafastáveis pressupostos de legitimação da intervenção punitiva.

Nesse contexto, deve-se ter em conta que a Constituição de 1988 conferiu ao meio ambiente *status* de direito fundamental e, para além, determinou expressamente a proteção penal a esse bem jurídico. Diante disso, o legislador está não só autorizado, mas também obrigado a construir um sistema normativo voltado para a proteção ambiental, o que, volta-se a frisar, não o permite ignorar exigências de legitimidade material do ilícito.

Dessa forma, as inúmeras dificuldades dogmáticas envolvendo a proteção desse bem jurídico tão peculiar e, ao mesmo tempo, tão importante, contribuíram para que o Direito Penal do ambiente fosse marcado por uma forte antecipação da tutela. Com efeito, o legislador brasileiro encontrou nos crimes de perigo abstrato uma maneira eficaz de cumprir a ordem do constituinte e, neste passo, observa-se que tal modalidade de crime é, para não dizer a única, a mais utilizada na Lei dos Crimes ambientais (Lei nº 9.605/98).

Sem embargo, tal diploma legal foi concebido com pouca precisão técnica e contém diversas figuras típicas que não passam de reforço penal às normas administrativas, casos em que resta impossível encontrar um conteúdo mínimo de ofensividade. Contudo, diante da relevância do bem jurídico em questão, revela-se válido um exercício hermenêutico na busca de uma recuperação material, por assim dizer, dos delitos ambientais de perigo abstrato.

Realizando tal reorganização dogmática, mostra-se possível preservar diversos tipos penais dessa natureza, e compreendê-los em coerência com postulados como intervenção mínima e ofensividade, através da noção de ofensa de cuidado-de-perigo. Não obstante, a presunção absoluta de perigo, de fato, apresenta-se em descompasso com a exigência de ofensividade. No entanto, em sentido contrário, tem-se que uma presunção relativa, *juris tantum*, de perigo para o bem jurídico é capaz de conferir legitimidade à espécie de crime em questão.

Dessa forma, ao intérprete e julgador é confiado um importante papel, na medida em que a ele incumbe constatar, no caso concreto, a idoneidade da conduta para lesar o bem jurídico ambiental, podendo, em caso negativo, renunciar à imposição de pena. Acredita-se estar claro que o que se pretende não é encontrar uma via interpretativa que legitime toda e qualquer pretensão político-criminal do Estado, mesmo porque se estaria, com isso, a contrariar exatamente o que foi defendido ao longo do presente estudo.

Ainda, entende-se não haver dúvida quanto à necessidade de tutela do bem jurídico ambiental, inclusive através da intervenção penal. Sem embargo, não se deve esquecer que há outras formas de proteção dos bens jurídicos, as quais, em domínios como o meio ambiente, podem revelar-se até mesmo mais eficientes.

Diante disso, a conclusão a que se chega, no sentido de ser possível compreender os crimes ambientais de perigo abstrato em conformidade com as



exigências materiais de legitimação, não representa necessariamente uma vitória, na medida em que, infelizmente, é necessário tamanho esforço para fazê-lo.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.  
Acesso em: 22 de maio de 2015

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. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 22 de maio de 2015.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Direito ambiental**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

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

PÉREZ, Luis Carlos. **Derecho penal**. Bogotá: Ed. Temis, 1987, t. 1.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Savio Guimarães. **Bem jurídico-penal tributário: a legitimidade do sistema punitivo em matéria fiscal.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

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

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.