

BREVES REFLEXÕES SOBRE A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL, DELITOS POR ACUMULAÇÃO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO ECOLÓGICO.

FÁBIO GUEDES DE PAULA MACHADO E ROBERTA CATARINA
GIACOMO*

SUMÁRIO: Resumo – Abstract – Palavras-chave - Introdução – 1. A “administrativização” do Direito Penal – 2. Delitos por acumulação – 3. Antecipação da tutela penal – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

Resumo

O reconhecimento da sociedade atual como sociedade de riscos, em razão da complexidade das relações humanas e destas com relação ao meio ambiente traz, no plano da ciência jurídico-penal, sensíveis alterações. Os mecanismos de tutela tradicionais, atuantes sobre a lesividade das condutas por meio de crimes de resultado, não são suficientes quando a atuação envolve o gerenciamento de riscos que não podem se concretizar naturalisticamente, sob pena de prejuízos, por vezes irreversíveis, às gerações presentes e futuras.

O presente artigo fundamenta-se na pesquisa acerca destes novos mecanismos de tutela do meio ambiente e da incriminação de condutas apenas potencialmente lesivas, por meio da adoção de mecanismos como a antecipação de tutela penal, e da utilização dos crimes de perigo. Também, insere-se na discussão sobre a necessária interrelação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo do Estado. Busca-se legitimar a proteção do meio ambiente por meio do Direito Penal em razão de considerar-se a fundamentalidade deste bem jurídico.

Abstract

* Fábio Guedes de Paula Machado. Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP); Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral – pela Universidad de Salamanca. Ex-investigador científico no Max-Planck Institut für ausländisches und International Strafrecht. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU) e do Programa de Mestrado da Universidade de Itaúna. Promotor de Justiça do Cidadão de Uberlândia. Roberta Catarina Giacomo é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e advogada.

Recognition of current society and risk society, because of the complexity of human relationships and their relationship with the environment, brings, in terms of science criminal justice, slight changes. The traditional mechanisms of protection, acting on the harmfulness of the conduct by the result of crimes are not enough when the action involves the management of risks that can not be realized naturalistically, otherwise damage, sometimes irreversible, to the present and future, occurs.

This article is based on research into these new mechanisms to protect the environment and the prosecution of potentially harmful conduct only through the adoption of mechanisms such as the legal protection law, and use of dangerous crimes. Also, part of the discussion on the necessary relation between the Criminal Law and Administrative Law of the State. Seeks to legitimize the protection of the environment through criminal, considering the fundamentality of the environment.

Palavras-Chave: Acessoriedade administrativa; Direito Penal e sociedade do risco; antecipação de tutela penal; delitos por acumulação; bem jurídico ambiental.

Keywords: Ancillary administrative, criminal law and risk society, the legal protection of criminal offenses accumulation, the legal asset environment

Introdução

É característica do Direito Penal atual sua inclinação à proteção de bens jurídicos de conteúdo difuso, como o meio ambiente, em razão do reconhecimento deste como bem jurídico passível de tutela. A fragilidade do meio ambiente em face ao desenvolvimento sustentável desenfreado é fator preponderante para a intervenção do Direito Penal como mecanismo de tutela eficaz. Entretanto, passa a atuar sobre riscos juridicamente relevantes o que torna imprescindível a adoção de mecanismos dogmáticos de tutela diferenciados em relação aos adotados pelo Direito Penal clássico.

Desta forma, exsurtem figuras como a antecipação de tutela penal através da adoção da técnica dos crimes de perigo, a acessoriedade administrativa, em razão da necessária remissão ao ordenamento jurídico administrativo do Estado, e adoção dos delitos por

acumulação, em razão da potencialidade danosa de condutas repetitivas lesivas ao meio ambiente.

Mister se faz a análise acerca da complexidade destes temas, ainda que não sejam esgotados, para que se obtenha uma conclusão sobre a legitimidade destes mecanismos face ao Estado Democrático de Direito.

1) A “administrativização” do Direito Penal

Não se pode negar o fato de que toda atividade econômica que envolva exploração do meio ambiente se relaciona diretamente com o ordenamento jurídico administrativo do Estado, posto que esta atividade deve se realizar nos parâmetros de autorização, permissão e licença das autoridades administrativas com competência ambiental estabelecida constitucionalmente para a outorga da liberação da referida atividade¹.

De tal assertativa, conclui-se que as considerações e restrições de Direito Administrativo para o tema meio ambiente são imprescindíveis à atuação do Direito Penal do meio ambiente. Este é um dos principais argumentos utilizados no discurso contra as redações dos tipos penais de crimes ambientais, justamente pela remissão da norma penal a uma norma de menor hierarquia até mesmo que o Código Penal².

Este fato é gerador da questão de grande importância na discussão do tema, cuja solução se dará através do estudo sistemático do problema.

Para o êxito da investigação, é necessário saber se o Direito Penal é absolutamente dependente do Direito Administrativo, ou se esta independência é absoluta. Por fim, se se estabelece alguma vinculação na formação e aplicação dos tipos penais à gestão administrativa.

Para o modelo de Direito Penal vinculado à Administração, verifica-se a sua dependência às normas administrativas sobre a proteção do meio ambiente. Aqui, as finalidades de proteção da norma penal são de assegurar a execução administrativa; assegurar o controle e a

¹ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 55.

² MARTÍNEZ, Israel Alvarado. DÍAZ, Gabriel Calvillo. Consideraciones para una reforma penal ambiental. *Criminalia - Academia Mexicana de Ciencias Penales*. Año LXVIII, n.º 1, México : Editorial Porrúa, Enero-Abril, 2002, p. 34.

supervisão das atividades pelas autoridades estatais; e de assegurar o cumprimento dos parâmetros jurídico-administrativos.

Também, a acessoriedade está no cumprimento de decisões administrativas, por exemplo de concessão de licenciamento ambiental. Portanto, o Direito Penal se subordina completamente às funções e objetivos do Direito Administrativo.

O problema na adoção desta sistemática esta em transferir-se a proteção do meio ambiente ao campo de atuação do Estado no papel de negociador, o que inevitavelmente ocorre quando se transfere totalmente o dever de proteção à Administração Pública.

Segundo **Günter Heine** a característica do princípio jurídico-administrativo de cooperação pode ter como consequência que a autorização formal seja negociada de antemão por grupos de interesses poderosos (industriais) e se converta em uma espécie de ato de verificação notarial³.

A verdadeira proteção ao meio ambiente, por meio de uma atuação estatal, deve ocorrer por meio de decisões a serem tomadas pelo legislador e que devem ser respeitadas pelos demais poderes⁴.

Para o modelo de Direito Penal relativamente dependente da Administração, a finalidade de proteção é, precipuamente, a proteção de bens específicos, bem como a proteção da vida e saúde humana de possíveis perigos oriundos de danos causados ao meio ambiente.

Neste caso, não basta que ocorra a mera desobediência administrativa, mas que estas possam, mesmo que potencialmente, prejudicar o meio ambiente. Aquelas atividades lesivas ao meio ambiente, mas que possuem autorização administrativa, não estarão no âmbito da atuação da norma jurídico-penal, ou seja, a reação do Direito Penal só ocorre se ocorrer a transgressão da norma jurídico-administrativa⁵.

Por tais fatores, é praticamente unânime na doutrina que a busca por um modelo de intervenção harmônico depara-se com o esquema de dependência relativa do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo.

³ HEINE, Günter. Acessoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Fasc. 1, Año 1993. Madrid : Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, p. 295.

⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y política criminal del derecho penal del medio ambiente. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid : Editora Tecnos. 2002, p. 209-210.

⁵ *Idem* , p. 209-210.

A doutrina distingue o ilícito penal do ilícito administrativo. Enquanto o primeiro se refere à lesão de um bem jurídico de interesse relevante para a sociedade, o segundo se refere à lesão de uma ordem legal imposta aos cidadãos, porém, de conteúdo valorativamente neutro⁶.

Hodiernamente, vê-se a tentativa doutrinária em melhor distinguir as duas categorias através do critério teleológico entre o Direito Penal e o Direito Administrativo-sancionador. O primeiro, segundo **Jesús-María Silva Sánchez**, “*persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de um modo geral, de um determinado modelo de gestão setorial*”⁷.

O interesse prático que faz este tópico ser pertinente ao tema se visualiza pelas seguintes hipóteses: para uma defesa global da humanidade perante os mega-riscos que a ameaçam – para a tarefa, digamos assim, de proteção global da sociedade presente e futura – o Direito Penal constituiria de início um meio democraticamente ilegítimo e, ademais, inadequado e disfuncional. Desta consideração logo deriva outra consequência: restringida que está à tutela fragmentária de bens coletivos, a proteção que o Direito Penal está em medida de oferecer às gerações futuras não pode ser absoluta⁸.

Face às condições de complexidade, de massificação e de globalização da sociedade contemporânea, às quais estão ligadas uma multiplicidade e uma diversidade inumeráveis de condutas potencialmente lesivas de valores fundamentais inerentes à própria existência do homem, o Direito Penal tem de distinguir, para delimitação do âmbito de proteção da norma, entre ofensas admissíveis e ofensas inadmissíveis, limitando-se à criminalização destas últimas.

A distinção entre ofensas admissíveis e inadmissíveis, especialmente em época de pós-modernidade, como apontam alguns autores, que tem, em verdade, a caracterização da predominância da Economia, entenda-se, era de mercado global, uma difícil ponderação de interesses complexos e diversificados, quantas vezes de resultado altamente questionável. Esta ponderação, multiplicada pelos incontáveis casos atinentes aos âmbitos e atividades mais

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 115.

⁷ *Idem*, p. 116.

⁸ HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio del siglo*. Coord. Luiz Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adan Nieto Martín. Colección estudios. Cuenca : Universidad de Castilla- La Mancha, 2003, p. 252.

diversas, não pode ser levada a cabo pelo legislador penal, em face da sua manifesta incompetência.

Aquela ponderação só pode caber ao Direito Administrativo e aos agentes competentes para a sua aplicação. *O que conduz à conclusão de que a acessoriedade administrativa se apresenta neste domínio como absolutamente necessária e que para ela não se visualiza outra alternativa*⁹.

Assim é que observamos uma dependência entre a responsabilidade penal e as regras jurídico-administrativas. As conseqüências são as de que quem atua em virtude a uma autorização juridicamente válida não realiza a conduta ilícita penalmente¹⁰.

Resta, ainda, saber se a construção de figuras típicas a partir do modelo de acessoriedade em relação às normas de natureza administrativa redundaria necessariamente no desrespeito ao paradigma da ofensividade.

Para tanto, necessário se faz a análise do *conteúdo material* das condutas que são descritas pelo legislador como ofensivas para o bem jurídico meio ambiente, identificando desse modo se a conduta na verdade não se refere a uma mera desobediência a preceitos de natureza administrativa ou se a finalidade da norma penal é a verdadeira proteção, ainda que antecipada, do meio ambiente.

A Lei dos Crimes Ambientais, n. 9.605/98,¹¹ traz em seu bojo uma série de figuras penais que elucidam a questão aqui proposta. Senão vejamos os seguintes tipos penais:

“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.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

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

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

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

⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras. Acessado em 02/10/2009, no sítio <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>, p. 7.

¹⁰ ALFARO, Luis Miguel Reyna. La protección penal del medio ambiente. *Revista de derecho penal, procesal penal y criminología*. Año 2- Número 4- 2002. Ediciones Jurídicas, p. 261.

¹¹ BRASIL, Lei 9.605/98, publicado no Diário Oficial da União em 13 de fevereiro de 1998.

*“Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente:
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.”*

*“ Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”*

Também se inserem nesta mesma técnica os artigos 44, 45, 46, parágrafo único, 51, 52, 55, 56, 60, 63 e 64 da Lei 9.605/98.

A grande crítica da doutrina quanto a estes tipos penais é que eles são tipos penais abertos e recorrem, freqüentemente, à técnica da norma penal em branco. Tal fato ocorre porque as descrições do fato delituoso são resultado da observação de especialistas de outras áreas do conhecimento. Os cientistas e os técnicos, como os biólogos, engenheiros florestais, geólogos, químicos, oceanógrafos, além de outros, em tese, sabem o que é importante para a preservação de um meio ambiente sadio e definem as condutas elevadas à categoria de crimes ambientais.

O que se vê como característica comum nos tipos penais acima referidos é a dificuldade em se detalhar a exaurir a descrição do comportamento do agente e por este motivo é que se utiliza como recurso a remissão a disposições externas, normas e conceitos técnicos.

A técnica da norma penal em branco significa dizer que aquelas normas penais que, para serem aplicadas, necessitam de normas complementares, estabelecem a acessoriedade administrativa.

Por força do princípio da legalidade ou da reserva legal (art. 1.º, Código Penal brasileiro), a norma penal deve descrever por completo as características do fato. Como visto, em matéria de crime ambiental isto nem sempre se faz possível. O que ocorre, de fato, é que na maioria dos crimes ambientais os tipos não contêm a descrição completa do fato delituoso e dependem, para sua configuração, da transgressão de normas especiais que o tipo pressupõe.

Assim, nestes tipos em estudo, o elemento normativo do tipo está nas expressões “sem licença”, “sem autorização”, “sem permissão”, “em desacordo com a determinação legal obtida”, entre outros.

Neste diapasão, o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente outorga licença para o exercício de determinada atividade

que se utilize de recursos ambientais que possa ser considerada efetiva ou potencialmente poluidora¹².

Alíás, para sujeitar ao licenciamento ambiental basta que o empreendimento, de qualquer forma, possa causar degradação ambiental. Trata-se, portanto, de um procedimento extremamente importante, uma vez que indispensável para a execução de qualquer atividade que seja potencialmente poluidora. Pode-se dizer que se trata do mais importante mecanismo que dispõe a sociedade para o controle da intervenção do homem no meio ambiente.

As exigências, determinações e recomendações estipuladas quando do licenciamento devem ser consideradas obrigações de relevante interesse ambiental, de forma que o não atendimento configura o crime definido no art. 68, da Lei 9.605/98. É que, devido à importância do licenciamento ambiental, e, na esteira da expansão do Direito Penal, o legislador procura reforçar a sua exigência, criminalizando as condutas.

Em sentido oposto, as autorizações administrativas têm efeito eximente da responsabilidade penal, na medida em que os administrados atuam dentro dos seus limites e previsões. Tal fato se dá porque as autorizações administrativas são condicionadas ao juízo de tipicidade da conduta e justificam a ação típica¹³.

Nestas questões específicas, comum é a verificação de erro (ou desvio) da deliberação acerca da autorização, permissão ou licença de atividades potencialmente degradantes ao meio ambiente.

Quanto a este fato, entende a doutrina que o sujeito não é penalmente responsável se atua em virtude de uma autorização administrativa válida; por consequência, é penalmente responsável se realiza a conduta sem a autorização referida. Segundo **Schünemann**¹⁴, o agente não pode invocar como eximente de sua responsabilidade um ato administrativo obtido mediante erro ou abuso de poder.

Diante desta discussão, o ponto chave daqueles que defendem a criação de normas penais em branco, utilizando-se das normas de natureza administrativa como complemento das normas penais, é justificado sob o argumento de que a alta velocidade de transformação e

¹² DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*. São Paulo : SP: Memória Jurídica Editora, 2004, p. 170.

¹³ ALFARO, Luis Miguel Reyna. *Op cit.*, p. 258.

¹⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del medio ambiente *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Madrid : Editora Tecnos. 2002, p. 213.

evolução das tecnologias é um fator de potencialização de riscos ambientais e, por isso, demanda positividade legal permeável a essas mudanças. As questões levadas ao legislativo federal, através de projeto de Lei ordinária, é de modificação lenta, sendo, por isso, incapaz de ofertar a mobilidade que a questão ambiental requer.

Assim, potencializando a tutela do ambiente, tem-se, destarte, o engessamento normativo decorrente de normas penais incriminadoras que se estabelecem por leis ordinárias representam sério riscos à Ecologia, de modo que o uso da referida técnica é compatível com o problema proposto.

Outro argumento acerca da inevitabilidade da acessoriedade administrativa se dá em razão do princípio da unidade do ordenamento jurídico e da proibição de contradição que deriva daquele.

Diante dessa realidade, a técnica de tutela eleita deve estar em consonância com o modelo de gestão ambiental institucionalizado, mormente por normas de Direito Administrativo, o que implica uma forte dependência ou acessoriedade.

Tal fato descrito não pode levar a conclusão de que o Direito Penal está totalmente depende deste recurso, mas apenas que existe a necessidade da tutela penal de bens universais e que esta não mais se faz de modo satisfatório com a utilização de critérios tradicionais de incriminação baseados na lesão ao bem protegido. Faz-se necessária, portanto, o estabelecimento de patamares de segurança, compostos por normas de conduta. E é justamente o setor administrativo que tem a tarefa de dirigir os comportamentos e estabelecer as barreiras do ilícito.

Criam-se, assim, os delitos de transgressão, em que estes são construídos com base na violação de regras técnicas e burocráticas estabelecidas previamente pela Administração Pública. A transgressão, no entanto, se dá em razão de um descumprimento de dever e não em razão da lesão a um bem determinado.

A referida linha teórica é adequada, portanto, às exigências de seguranças que se fazem necessárias na sociedade do risco, pelo fato de que é exatamente a segurança da vida na Terra em face às ameaças destes novos riscos tecnológicos que propulsionam os discursos sobre a proteção.

Em resumo, a civilização moderna e, com ela, a humanidade, não poderá sobreviver sem um duplo controle do aproveitamento do meio ambiente. Para **Schünemann**, o primeiro

nível de controle está constituído, desde logo, pela Administração Pública, mas é indispensável que este seja seguido de um nível de controle adicional e eficiente, que só pode ser assumido pelo Direito Penal. E, segundo o mesmo, tal fato se dá porque é o Direito Penal que “vigia os vigilantes.”¹⁵

Assim, no sentido da conclusão deste tópico, e com amparo em Silvia Mendoza Calderón, o chamado Direito penal do meio ambiente deve constituir a resposta primária ou básica do ordenamento jurídico às mais graves vulnerações do equilíbrio da natureza, sem prejuízo do importante papel que desempenha em matéria ambiental no Direito Administrativo sancionador¹⁶.

2) Delitos por acumulação

A questão da antecipação da tutela penal levada às últimas conseqüências acabou resultando na formação dos tipos cumulativos. Estes se referem à punição de condutas não por sua própria lesividade, mas por se almejar evitar a hipótese de sua realização massiva.

Em outras palavras, a premissa originária consiste na idéia de que cada ação isolada seria insignificante do ponto de vista de afetação ao bem jurídico e não teria a capacidade de lesioná-lo ou colocá-lo em perigo, nem mesmo se pensarmos em termos de perigo abstrato¹⁷.

Contudo, ao adotar-se a teoria dos delitos de acumulação, diz-se, portanto, que é possível sancionar penalmente uma conduta individual ainda quando não seja em si mesma lesiva ao bem jurídico. Na verdade, o conjunto de comportamentos reiterados culminará, certamente, na lesão do correspondente bem jurídico¹⁸.

Esse conceito de imputação foi desenvolvido a partir da constatação de que boa parte dos resultados nocivos aos bens jurídicos coletivos, e, portanto, ao bem jurídico ecológico, decorre da acumulação de efeitos de ações praticadas em massa, salvo quando ocorrido um defeito de organização, comumente chamado de “acidente”.

¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del medio ambiente, p. 223.

¹⁶ MENDOZA CALDERÓN, Silvia. La protección penal del medio ambiente en Alemania, Francia, Italia y España: Estudio de Derecho penal comparado.” *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. RECJ.01.03/05 www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp, p. 57.

¹⁷ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34), p. 143.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, p. 121.

O referido conceito mostra-se, *a princípio*, incompatível com os princípios da legalidade, lesividade e da culpabilidade, além de não se adequar ao princípio da proporcionalidade, já que transgride a regra estabelecida no art. 4.º, do Código Penal brasileiro, que estabelece o tempo do crime como sendo aquele em que ocorreu a ação ou omissão, isto porque cada ato realizado seria, em tese, uma ação ou omissão, e, em sendo insignificante cada conduta para lesionar o bem jurídico, faltaria-lhe aptidão para ser reconhecida como conduta. Prejudicado, também estará o concurso de crime continuado. Some-se a isto a não justificação de imposição de uma pena a uma conduta que, isoladamente considerada, não acarreta lesão ou perigo de lesão para o bem jurídico.¹⁹

Sustentam ainda os autores que esta teoria, também utilizada como argumento na defesa da utilização da técnica dos crimes de perigo abstrato para a tutela do meio ambiente, a incapacidade de o bem jurídico ser afetado por uma ação isolada, porém, com a repetição contínua ele será afetado, e em se considerando as dificuldades, senão impossibilidade de repará-lo, mister institui-lo para promoção de tutela ambiental efetiva. Torna-se, assim, imprescindível a criação dos delitos de acumulação, espécie peculiar de crimes nos quais a ação individual, conforme já foi exposto, não apresenta sequer a periculosidade abstrata que se presume ou se considera motivo para a punição de condutas individuais nas espécies tradicionais de crimes de perigo abstrato. Porém, a tipificação e punição desses comportamentos é legítima em si mesma quando a prática repetida deles puder dar lugar a afetação do bem jurídico protegido.

Assim, a classe de ações que quando se realizam num número muito elevado de vezes dão lugar a uma lesão ou exposição a perigo considera-se como delito acumulativo.

Em nosso direito pátrio a referida doutrina encontra evidente óbice no art. 4.º da parte geral do Código Penal. Senão vejamos:

“Art. 4º Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”

A adoção da referida teoria, nestes termos, não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op Cit.*, p.. 123.

3) Antecipação da tutela penal: Utilização dos crimes de perigo

Neste ponto, passa-se a discutir a necessidade de utilização da técnica dos crimes de perigo para a proteção do bem jurídico meio ambiente, em se considerando que os instrumentos clássicos de tutela do Direito Penal não são eficientes para o enfrentamento das questões difusas, até porque nesses crimes só a fixação do núcleo do desvalor do resultado do dano produzido pelo ato contaminante pode se mostrar insuficiente.

Tal fato se justifica porque a textura do bem jurídico referido e os focos de risco que a atividade industrial e produtiva projetam sobre o mesmo, determinam que o legislador penal deva adotar a técnica estrutural própria dos delitos de perigo²⁰.

Inicia-se, neste ponto, a discussão sobre a justificação e procedência da utilização por parte do legislador do modelo de crimes de perigo abstrato, no intuito de se justificar o “Direito Penal do risco”, característico da sociedade do risco, como resposta aos perigos criados por esta ao meio ambiente.

Assim, para ampliar-se a capacidade de respostas frente aos novos riscos ao meio ambiente e para que haja efetiva proteção frente a essas situações de ameaças é que o legislador utiliza, freqüentemente, a técnica dos tipos de perigo, especialmente o abstrato, assim como de tipos de consumação antecipada, a partir da punição específica de atos preparatórios.

Na tutela penal do meio ambiente, como em tantas outras tutelas do que se convencionou chamar de “novos âmbitos de proteção”, o ponto de partida do controle penal é a antecipação da tutela, ou seja, a proteção que é procurada pelo Direito penal é a evitação da produção de lesões através da prevenção de danos, o que ocorre quando constatados os riscos no desenvolvimento de uma atividade²¹.

Passa-se a realizar um controle sobre as condutas, que devem seguir parâmetros pré-fixados, ao invés do controle sobre a ocorrência de resultados lesivos.

Assim, o Direito Penal que reagia apenas *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao sujeito passivo), passa a agir como um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nesta medida, está “administrativizado”²².

²⁰ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, p. 194.

²¹ MENDOZA BUERGO, Blanca. “El delito ecológico y sus técnicas de tipificación”. *Revista Semana Técnico-Jurídica de Derecho Penal*. Madrid : La Ley. N° 13, 25 al 31 de marzo de 2002, p. 57.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Op Cit.*, p. 114.

Portanto, a importância da antecipação da tutela penal pode ser visualizada na proteção dos bens jurídicos difusos e coletivos.

Freqüentemente, se vê na doutrina grande confusão na determinação da classe dos crimes de perigo, especialmente para se constatar o tipo de perigo que deve ocorrer para que seja configurada a tipicidade delitiva. Neste sentido, é importante que se discorra acerca da distinção dos delitos de perigo abstrato e dos delitos de perigo concreto.

Primeiramente, faz-se a distinção entre os delitos de lesão e os delitos de perigo. Os crimes de lesão ou de dano, são aqueles que exigem para serem configurados que a conduta realizada produza uma lesão efetiva ao bem jurídico protegido, ao passo que os delitos de perigo configuram-se com a simples ameaça de lesão a estes bens.

Já quanto aos delitos de perigo em si, ambos se manifestam através de um desvalor da ação, posto que exige a valoração da conduta realizada por meio de um juízo *ex ante*. Os delitos de perigo que exigem um desvalor de resultado consistente são os delitos de perigo concreto. Neste ponto diferenciam-se, pois exigem a concreta colocação em perigo do bem jurídico tutelado. Há, necessariamente, um contato entre a ação perigosa e o objeto tutelado.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, o que se quer evitar é a mera prática de uma ação cuja periculosidade se determina através de uma generalização legal, baseada na consideração de que determinados comportamentos são na maioria das vezes perigosos para o objeto da proteção, e que sua realização no resultado se faria demasiadamente prejudicial ao bem jurídico protegido.

A periculosidade não se encontra no elemento do tipo, porém é o motivo da incriminação da conduta. Não se deve comprovar no caso concreto a colocação em perigo do objeto tutelado, pois o perigo geral daquela conduta é deduzido através de parâmetros de periculosidade preestabelecidos de modo geral pelo legislador.

A única comprovação necessária é a realização da conduta típica, que, por si só, constitui motivo de desaprovação²³.

Em outras palavras, para a distinção dos crimes de lesão, ou de dano, dos crimes de perigo abstrato e de perigo concreto, utiliza-se o grau de afetação do bem jurídico tutelado como elemento distintivo básico.

²³ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Op. cit.*, p. 324.

A diferenciação se efetua tendo em conta a relação entre a conduta prevista no tipo e o bem jurídico: nos crimes de lesão, exige-se para a tipicidade do fato a produção de lesão do bem jurídico ou do objeto, enquanto que nos de perigo não se exige este efeito, produzindo-se um claro adiantamento, maior ou menor, segundo a espécie de perigo – da proteção do bem a fases anteriores a seu efetivo menoscabo ou lesão.

Desse modo, a distinção é feita não apenas atentando-se ao caráter ofensivo do comportamento criminalizado, mas especialmente a própria configuração do bem jurídico.

De fato, a técnica dos crimes de perigo abstrato é proclamada por grande parte da doutrina como a única solução técnico-legislativa capaz de oferecer uma proteção eficaz, posto que abarca todos os comportamentos ofensivos para o meio ambiente.

O problema está no tocante à legitimidade, já que, em tese, afrontaria os princípios clássicos da lesividade, ofensividade e da culpabilidade por falta do ilícito material, no momento de se impor uma pena por fatos que, individualmente, não mostram uma periculosidade suficiente para se responsabilizar o autor.

Assim, o paradigma do Direito Penal clássico que restringe seu campo de intervenção às condutas causadoras de uma lesão efetiva aos bens jurídicos é o maior entrave que a doutrina que defende a proteção do meio ambiente por meio do Direito Penal deve ultrapassar.

Estes críticos, em especial os adeptos da Escola de Frankfurt, rechaçam a utilização do Direito Penal para finalidade de proteção a estes bens jurídicos difusos, pelo fato de que as técnicas dogmáticas de antecipação, assemelhadas ao modelo do perigo abstrato, atentam contra o princípio da ofensividade, de extrema importância garantista e com suporte constitucional.

Nesta esteira, vê-se a tentativa de legitimar a utilização dos crimes de perigo abstrato. Para tanto, estabelecem-se algumas condições, tais como, condicionamento ao grau de importância do bem jurídico protegido, no sentido de que tão mais defensável será a antecipação de tutela quanto mais relevante for o interesse tutelado em comparação com o bem “liberdade individual”, ameaçada pela pena criminal; adoção por parte do legislador de uma adequada tipificação, descrevendo criteriosamente a conduta presumidamente perigosa.

Com relação ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal ambiental, *in casu*, é o grau de importância da proteção que permite que sejam adiantadas as barreiras de proteção, uma vez que o equilíbrio dos sistemas naturais se descortina, de uma forma crescente, no atual

momento histórico, como um valor indispensável à existência humana. Daqui, portanto, a sua inequívoca dignidade penal enquanto “barreira prévia para a proteção de bens jurídicos existenciais”²⁴.

É assim que os doutrinadores justificam o recurso aos crimes de perigo abstrato em matéria de direito ambiental, entre eles, Schünemann, Stratenwerth, Kindhäuser, Figueiredo Dias, Blanca Mendoza Buergo, entre outros.

Nesta concepção, se projeta como missão do Direito Penal a de garantir a proteção de bens jurídicos e se busca em cada caso aquele ponto em que há de apoiar-se a balança preventiva das normas jurídico-penais, o trânsito do delito de resultado para o moderno delito de perigo abstrato praticamente deriva da natureza das coisas²⁵.

Por fim, resta-nos discorrer acerca de alguns pontos na esteira de legitimar a utilização dos crimes de perigo abstrato na proteção do bem jurídico meio ambiente.

Assim, os crimes ambientais construídos com apoio da técnica de crimes de perigo abstrato, estes não contradizem o princípio da ofensividade porque os comportamentos incriminados possuem um conteúdo ofensivo em si mesmos.

Em outras palavras, são incriminados comportamentos com uma carga lesiva implícita. Contudo, tem de ser observada a necessidade de que o núcleo da ação punível consista em algo mais do que uma simples infração de normas administrativas, e, portanto, o Direito Penal determine o conteúdo específico de lesividade dos comportamentos que merecem uma reação penal²⁶.

Neste aspecto, tem-se a opinião de Roland Hefendehl, no sentido de que se nós devemos nos preocupar verdadeiramente com a questão da degradação ambiental, devemos “*Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar a posteriori ante errores, omisiones o catástrofes del presente. Se debe tener en cuenta que la amenaza de la pena supone un medio de represión y desaprobación vinculada a un juicio de desvalor. En ese sentido nuestra tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquéllas*

²⁴ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Op. cit.*, p. 238.

²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. . Sobre la dogmática y la política criminal del medio ambiente, p. 220.

²⁶ BUERGO, Blanca Mendoza. Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro. In Romeo Casabona (ed.), *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Bilbao-Granada, 2004, p. 447.

*que contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos*²⁷”.

Concluindo-se, se os princípios da prevenção e da precaução são base do sistema constitucional de proteção do meio ambiente, e estão expressamente previstos na Constituição Federal e informam o sistema jurídico de tutela do meio ambiente em todos os seus aspectos, cível, administrativo e penal, nos termos do art. 225, § 3º, não há que se falar em afronta ao garantismo penal, justamentamente porque nosso sistema jurídico segue os ditames da Constituição Federal.

Nesta linha de raciocínio, os crimes de perigo abstrato são a forma mais eficaz de implementar os princípios da prevenção e da precaução, informadores da tutela jurídica do meio ambiente, já que encontram sua descrição típica no simples descumprimento de normas administrativas de cautela, atuando mais facilmente na prevenção do risco que oferecem as condutas perigosas ao bem jurídico tutelado e representam uma antecipação da tutela penal.

Tais fatos não ofendem o princípio da reserva legal desde que a conduta típica esteja descrita taxativamente e, em se tratando de norma penal em branco, desde que a regra que se reportam seja claramente definida não há nenhuma lesão a essa garantia, tampouco no tocante à segurança jurídica da intervenção restritiva do Estado na esfera de liberdade do indivíduo.

Assim, para se evitar que a tipificação de crimes de perigo abstrato seja cominada de inconstitucionalidade, deve ela se atrelar à necessidade da intervenção do Direito Penal, à idoneidade dos meios empregados, sempre atinente na razoabilidade na relação entre a incriminação e a tutela do bem jurídico²⁸.

4) **Conclusão**

Fez-se uma breve incursão sobre os temas propostos, no intuito de se desenhar as características atuais dos mecanismos de tutela do bem jurídico meio ambiente por meio do Direito Penal.

Com relação à acessoriedade administrativa, concluiu-se pela o chamado Direito penal do meio ambiente deve constituir a resposta primária ou básica do ordenamento jurídico

²⁷ HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Anales de Derecho, nº 19, 2001. Universidad de Murcia, p. 151.

²⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 117.

às mais graves vulnerações do equilíbrio da natureza, sem prejuízo do importante papel que desempenha em matéria ambiental no direito administrativo sancionador²⁹.

Já com relação à antecipação da tutela penal, verificou-se que a classe de ações que, quando se realizam num número muito elevado de vezes, dão lugar a uma lesão ou exposição a perigo considera-se como delito acumulativo. Concluiu-se que em nosso direito pátrio a referida doutrina encontra evidente óbice no art. 4.º do Código Penal.

E, finalmente, com relação à antecipação de tutela penal, os crimes de perigo abstrato são a forma mais eficaz de implementar os princípios da prevenção e da precaução, informadores da tutela jurídica do meio ambiente, já que encontram sua descrição típica no simples descumprimento de normas administrativas de cautela, atuando mais facilmente na prevenção do risco que oferecem as condutas perigosas ao bem jurídico tutelado e representam uma antecipação da tutela penal.

5) Referências bibliográficas

ALFARO, Luis Miguel Reyna. La protección penal del medio ambiente: Posibilidades y límites. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Año 2- Número 4- 2002. Lima : Ediciones jurídicas.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia. La protección penal del medio ambiente en alemania, francia, italia y españa: Estudio de Derecho penal comparado. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. RECJ.01.03/05 www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

DESTEFENNI, Marcos. *Direito Penal e licenciamento ambiental*. São Paulo, SP: Memória Jurídica, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. “O Papel do Direito Penal na protecção das gerações futuras.” Acessado em 02/10/2009, no sítio <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM.

HEFENDEHL, Roland. Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?” *Anales de Derecho*, nº 19, 2001. Universidad de Murcia.

²⁹ CALDERÓN, Silvia Mendoza. *Op. Cit.* P. 57.

- HEINE, Günter. Acessoriedad administrativa em el Derecho Penal del Medio Ambiente. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Fasc. I, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. 1993.
- HERZOG, Felix. Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal. *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo*. Coordinadores Luiz Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adan Nieto Martín. Colección estudios. Cuenca : Edición de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2003.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do risco e direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34).
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.
- MARTÍNEZ, Israel Alvarado. DÍAZ, Gabriel Calvillo. Consideraciones para una Reforma Penal Ambiental.” CRIMINALIA - Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXVIII, Enero-Abril, n° 1, México - D.F. : Editorial Porrúa, 2002.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro. *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*. Bilbao-Granada : Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación foral de bizkaia de Derecho y Genoma Humano, 2004.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. El delito ecológico y sus técnicas de tipificación. Revista Semana Técnico-Jurídica de Derecho Penal. Madrid: La Ley. N° 13, 25 al 31 de marzo de 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid : Editora Tecnos. 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 24, 1999. – (colección los delitos, dirección José Luis Gonzáles Cussac).
- _____. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.