

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Ariadne Elloise Coelho

**AS PECULIARIDADES DA LEI PENAL AMBIENTAL:
Análise da constitucionalidade da lei penal em branco a partir dos princípios
constitucionais penais, das regras de competência legislativa e das especificidades do
meio ambiente.**

Belo Horizonte
2017

Ariadne Elloise Coelho

**AS PECULIARIDADES DA LEI PENAL AMBIENTAL:
Análise da constitucionalidade da lei penal em branco a partir dos princípios
constitucionais penais, das regras de competência legislativa e das especificidades do
meio ambiente.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Belo Horizonte
2017

C672p COELHO, Ariadne Elloise.
As peculiaridades da lei penal ambiental: análise da constitucionalidade da lei penal em branco a partir dos princípios constitucionais penais, das regras de competência legislativa e das especificidades do meio ambiente / Ariadne Elloise Coelho. – Belo Horizonte, 2017.
130 f.

Dissertação (Mestrado) – Escola Superior Dom Helder Câmara.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Referências: f. 116–130

1. Direito ambiental. 2. Constitucionalidade. 3. Lei penal em branco. I. Ribeiro, Luiz Gustavo Gonçalves.

CDU 349.6:343(043.3)

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

**ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Ariadne Elloise Coelho

**AS PECULIARIDADES DA LEI PENAL AMBIENTAL:
Análise da constitucionalidade da lei penal em branco a partir dos princípios
constitucionais penais, das regras de competência legislativa e das especificidades do
meio ambiente.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (Orientador)
Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Membro: Dr. Élcio Nacur Rezende
Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Membro: Dr. Júlio Faria Zini
Universidade Federal de Minas Gerais

Nota: _____

Belo Horizonte
2017

Dedico esta dissertação aos meus pais, heróis,
amigos e encorajadores, em todas as acepções dos
vocábulos e da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, que sempre direcionou os meus passos e, com certeza, é o maior mestre que alguém pode conhecer.

Aos meus pais, Álvaro Francisco Coelho e Elza Helena Coelho, pelo amor incondicional, pois souberam e conseguiram me ensinar os aspectos e valores mais importantes de uma existência proba, responsável e amorosa.

Ao meu irmão, Ben-Hur Daniel Cunha, minha inspiração ao ingresso na vida acadêmica, e que, talvez sem saber, me fez entender que o futuro é feito a partir da constante dedicação no presente.

Ao meu amor, Eduardo Castro da Silva, por suas palavras carinhosas, de paciência e espera por uma mestrandia em processo constante de formação.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, pela confiança, correções e incentivo, com a competência, leveza e educação que lhe particularizam. Sem a sua consideração, perspicácia, honestidade e parceria, este trabalho não seria concretizado, como ocorreu, de modo responsável e aplicado.

Ao meu Chefe, Dr. Álvaro Homero Huertas dos Santos, pela compreensão e apoio na realização dessa etapa da minha vida, a par das adversidades na nossa atividade profissional.

Aos professores, funcionários e colegas do mestrado, com quem aprendi e compartilhei cada desafio e nova conquista, especialmente à Willia de Cácia Soares Ferreira, amizade que espero cultivar e levar para a vida.

Aos meus amigos e demais colegas, que entenderam e cederam os momentos de produção (e libertação), torcendo e contribuindo, ainda que indiretamente, para o meu aprimoramento científico e humano.

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota”. (Madre Teresa de Calcutá).

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ap. – Apelação

Art. – Artigo

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

DF – Distrito Federal

ECO-92 – Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e o desenvolvimento de 1992

HC – Habeas Corpus

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

MG – Minas Gerais

Min. – Ministro

n. – Número

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

PR – Paraná

Rel. – Relator

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

RESp. – Recurso Especial

SC – Santa Catarina

SP – São Paulo

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SVS – Secretaria de Vigilância Sanitária

v.g – Por exemplo

RESUMO

A previsão constitucional da tutela penal do meio ambiente trouxe a lume a discussão sobre a incompatibilidade entre os institutos do direito penal e as peculiaridades ambientais. De um lado, a dogmática penal solidificada sob a égide do princípio da legalidade, principal mecanismo limitativo do poder punitivo estatal; de outro, as consequências globais e iminentes decorrentes de comportamentos e atividades lesivas ao meio ambiente. As necessidades crescentes e emergenciais de uma sociedade de riscos e inseguranças, incluindo a de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como fundamento de uma vida digna e saudável para as gerações presentes e vindouras, demanda a expansão dos bens jurídicos e a normatização de novos tipos penais. Isso culminou na difusão pelo legislador da lei penal em branco, tal como observada nos dispositivos da Lei n. 9.605/98, que estabelece crimes e penas, voltados para a proteção – ainda que simbólica – desses novos interesses sociais. Os fundamentos penais centrados em princípios cardeais de garantia dos cidadãos parecem incapazes de conter as ameaças decorrentes da degradação ambiental, sem que para tanto haja uma violação aos instrumentos de preservação dos princípios constitucionais e, por conseguinte, das liberdades individuais. A presente dissertação tem por escopo analisar a hipótese de uma construção legislativa adequada da lei penal ambiental, ainda que por meio do recurso em branco, sem que isso signifique o esboroamento das conquistadas molduras penais nem o desguarnecimento da defesa amplificada do meio ambiente. Para tanto, parte-se do estudo da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como das propostas doutrinárias, e também contidas nos julgados alienígenas, em relação aos requisitos mínimos e essenciais das leis penais em branco, ou, da mesma forma, de limites às normas de complementação extrapenais na definição da conduta proibida. A pesquisa, que é jurídico-teórico-propositiva, calca-se nos conceitos da ordem dogmática e nos processos reflexivos e argumentativos para a demonstração da possibilidade de harmonizar os preceitos penais e ambientais, ambos sob a ótica constitucional.

Palavras-chave: Constituição de 1988. Delitos ambientais. Lei penal em branco. Constitucionalidade. Limitações.

ABSTRACT

The constitutional exigency of criminal protection for the environment has brought to the fore the discussion about the (in)compatibility between institutes of criminal jurisprudence and environmental peculiarities. On the one hand, the criminal doctrine has been solidified under the aegis of the principle of legality, the main limiting mechanism of the state's punitive power; on the other, the growing emergencies of a society of risks and insecurities, including the standard of an balanced environment as a foundation for a decent and healthy life for present and future generations, demands the expansion of legal protection and new criminal statutes. This culminated in the dissemination by the legislator of blank Criminal Law, as observed in the provisions of Public Law 9.605 / 98, which establishes crimes and penalties to the protection - albeit symbolic - of those new social interests. However, the doctrine about Criminal Law has its foundations on cardinal principles of citizen assurance and those principles seem unable to contain the new threats posed by environmental degradation. Some violation of those individual liberties and guarantees may seem necessary. The purpose of this dissertation is to analyze the hypothesis of criminal statutes as a way to regulate the environment-unfriendly actions, even if by means of using blank criminal types, without this meaning the collapse of the long-term conquer of certainty in criminal types nor the decrease of protection of the environment. In order to do so, it is based on the study of constitutional and infra-constitutional legislation, as well as on doctrinal proposals, and on foreign precedents regarding the minimal and essential requirements of blank criminal statutes, or, similarly, the limits to infra-legal statutes that completes the definition of legally prohibited conducts. This juridical-theoretical-propositional research relies itself on concepts of dogmatic order and on reflexive and argumentative processes and tries demonstrating the possibility of harmonizing the criminal and environmental precepts, both from the constitutional point of view.

Keywords: 1988 Brazilian Constitution. Environmental Crimes. Blank Criminal Law. Constitutionality. Limitations.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO.....	14
2.1	A confecção da norma penal e suas peculiaridades.....	20
2.1.1	<i>Da dinâmica das leis penais em branco.....</i>	24
3.	MODERNIDADE: O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO....	32
3.1	Evolução dos bens jurídicos-penais.....	38
3.2	A construção de uma dogmática penal do risco?.....	44
4.	MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: IMPORTÂNCIA E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO.....	49
4.1	Conceito de meio ambiente.....	53
4.2	O bem jurídico ambiental.....	58
5.	PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL.....	66
5.1	Princípios do direito penal.....	66
5.2	Princípios do direito ambiental.....	71
5.3	A harmonização entre os princípios penais e ambientais.....	81
6.	ANÁLISE DOS TIPOS PENAIS DA LEI N. 9605/98.....	85
6.1	A inconstitucionalidade e/ou inadequação dos tipos existentes.....	85
6.1.1	<i>Dos crimes contra a fauna.....</i>	86
6.1.2	<i>Dos crimes contra a flora.....</i>	93
6.1.3	<i>Poluição e outros crimes ambientais.....</i>	95
6.1.4	<i>Dos crimes contra o patrimônio cultural, a ordenação do território e de dano.....</i>	97
6.1.5	<i>Dos crimes contra a administração ambiental.....</i>	98
7.	AS ESPECIFICIDADES DA LEI PENAL AMBIENTAL.....	100
7.1	Uma construção adequada de lei penal ambiental em branco.....	101
7.1.1	<i>Limitação material da lei penal em branco.....</i>	102
7.1.2	<i>Limitação formal da lei penal em branco.....</i>	103
7.1.2.1	<u><i>Das formas de remissão e o postulado da determinação.....</i></u>	104
7.1.2.2	<u><i>Norma de complementação e o postulado da reserva legal.....</i></u>	107
8.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
	REFERÊNCIAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

O estudo da norma penal ambiental tem como abordagem nevrálgica a intrincada lei penal em branco, que perpassa as regras de competência legislativa e toda a evolução de princípios constitucionais penais, garantias dos cidadãos contra o poderio estatal, em conflito com as necessidades emergenciais de proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com a constitucionalização da tutela ambiental em 1988, não há dúvidas da intenção ampliativa na defesa penal desse bem jurídico difuso, qualificado pela importância na preservação da vida atual e futura de todos os seres.

É mais frequente o questionamento se o aparato secular afeito ao direito penal detém os meios apropriados para essa função, diante das peculiaridades atinentes aos bens difusos, principalmente quando comparadas aos bens individuais sob os quais a dogmática penal foi estruturada.

Isso se mostra evidente diante da necessidade acentuada de que, para um alcance penal satisfatório, a intervenção envolva conhecimentos, decisões e normas instáveis de outras esferas, mormente a do direito administrativo.

O que, aliás, tem apontado de forma preponderante com as mudanças nas percepções de risco e perigo da sociedade moderna e da consequente expansão do direito penal para fins de atender a esses novos interesses sociais.

Esse contexto, complexo e dinâmico de organização e funcionamento social, influencia no modo próprio e seguro de confecção da legislação penal, resgatando técnicas outrora reconhecidas pela excepcionalidade, caso das leis penais em branco, muito convenientes na tratativa dos crimes contra o meio ambiente.

A lei penal em branco carece de complementação de outra norma para a perfeita delimitação da conduta proibida e, a depender da origem e natureza desse complemento, institui controversa em relação ao princípio da legalidade, sobretudo em seus corolários da determinação e reserva legal.

A investigação do presente trabalho encontrou motivação na persistente dificuldade de um debate comprometido com a elaboração adequada dos dispositivos que tratam dos delitos ambientais, majoritariamente condensados na Lei n. 9.605/98, por apresentarem vícios graves, inclusive de inconstitucionalidade.

A problemática do uso da lei penal em branco supera as fórmulas puramente dicotômicas, ora de constitucionalidade, fundamentada na política-criminal da tutela

ambiental, ora de inconstitucionalidade, amparada na estrutura dogmática que compõe o sistema penal, revelando-se criticamente no âmbito da possibilidade de compatibilização das searas penal e ambiental.

É preciso também que se compreenda que o papel reservado ao direito penal na salvaguarda do meio ambiente existe, porém é subsidiário e fragmentário, ou seja, não cabe para todo e qualquer tipo de ofensa, ao contrário da vontade popular e pressão midiática.

Pretende-se, assim, identificar os critérios mínimos e razoáveis para a utilização da lei penal em branco, visando a efetiva tutela do meio ambiente (ecologicamente equilibrado), sem que haja deturpação da dogmática penal, mas sim viável adaptação dos respectivos preceitos. Como resultado, espera-se uma construção ponderada e correta da norma penal ambiental.

No início da pesquisa, expõe-se a função irradiadora da Constituição da República Federativa do Brasil sobre o direito penal (e demais searas), que passa a ser orientado por objetivos estruturantes e princípios norteadores de uma atuação condizente com o Estado então constituído.

A partir disso, traça-se o caminho ordinário de produção normativa penal balizada na legalidade e seus desdobramentos, em respeito aos destinatários das normas, tendo em vista o rigor singular do direito penal.

Pormenorizam-se, em seguida, as principais discussões relativas à lei penal em branco, como definições, finalidade, classificações e diferenciações de outros institutos, bem como os principais problemas decorrentes de sua funcionalidade prática.

Quanto às principais querelas da lei penal em branco, foram abordadas as respostas encampadas pela doutrina, ou pelo menos que as tangenciaram, além da ausência delas na jurisprudência brasileira, que mantem-se superficial e confusa sobre o tema.

O capítulo seguinte traz considerações sobre a realidade social moderna, que representou avanços e adversidades nos diversos setores do conhecimento e desenvolvimento da vida. Imperada por crises, medos e riscos, todos globais, uma verdadeira sociedade de risco, cujas inseguranças advindas dessa dimensão estratosférica (ou do seu real desconhecimento) marcam a expansão sobre novos contextos.

Assinalam-se as principais questões desse expansionismo para o direito penal atual, ou seja, na proteção de novos bens jurídicos. Para tanto, constrói-se uma narrativa histórica acerca da missão do direito penal e da evolução no surgimento de bens individuais, coletivos e difusos.

Do descompasso entre o alargamento da necessidade de interferência e os institutos clássicos do direito penal, apresentam-se vertentes que tentam encontrar solução às inovações na matéria, entre as quais concepções tradicionais e extremistas, e outras voltadas a uma perspectiva mais comedida.

O quarto capítulo do texto tem um viés para além do Direito, haja vista a explanação sobre a seriedade da relevância do meio ambiente, direito fundamental e essencial à vida, e das consequências nefastas diante do seu desequilíbrio ecológico, até de sobrevivência da humanidade.

Trabalha-se o conceito abrangente de meio ambiente, numa compreensão solidária, com reavaliação da relação do homem com a natureza. Além disso, relata-se a divergência ainda existente sobre a categoria específica de bem constitucionalmente protegido; e a previsão de medidas cabíveis nas esferas penal, administrativa e cível, reforçando o papel destinado ao direito penal.

Todos os princípios penais constitucionais, com exceção daqueles trabalhados no primeiro capítulo, bem como os princípios tidos como basilares do direito ambiental, são elencados e explicitados no capítulo cinco; na premissa de visualizar tensões e conciliar, na medida do possível, os dois campos jurídicos.

O sexto capítulo se dedica à análise dos crimes ambientais dispostos na Lei n. 9.605/98, com a tentativa criteriosa de, artigo por artigo, examinar as impropriedades gerais dos tipos penais existentes, derivadas da elaboração legislativa viciada e descuidada.

Por fim, o último capítulo da dissertação presta-se ao aprofundamento da técnica da lei penal em branco, que deve ser revisitada e limitada, evitando-se o uso desmesurado e indevido na tutela penal do meio ambiente.

Embora o tema seja ainda negligenciado no direito brasileiro, encontrou-se subsídio para a identificação de requisitos formais e materiais na delegação do conteúdo proibido às normas extrapenais e, assim, harmonizar o direito penal com o direito ambiental.

As reflexões resultantes no texto foram desenvolvidas a partir da análise jurídico-teórica, advinda do levantamento normativo pátrio, e das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes, o que inclui pesquisa alienígena.

Ademais, os posicionamentos defendidos tiveram respaldo no raciocínio lógico-dedutivo-propositivo, como sustentáculo da hipótese lançada, de que há uma resposta harmoniosa e consentânea com a dinâmica do Direito, que se quer que seja constitucional e, para tanto, se faz necessário que seja, antes de tudo, democrática.

2 DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO

O controle social mais severo do Estado é exercido pelo direito penal, ramo jurídico responsável por definir condutas proibidas, consideradas lesivas ao convívio e desenvolvimento social, portanto, gravemente reprovadas, bem como as consequências jurídicas repressivas oriundas da prática desses comportamentos.

Trata-se de intervenção drástica, porém institucionalizada e aceita como essencial à proteção dos bens jurídicos mais importantes ao homem na sociedade, contra ataques intoleráveis, não suportados por outras instâncias de controle (TOLEDO, 2011).

O poder (dever) estatal de estabelecer delitos e fixar as penas e medidas de segurança está condicionado às opções ou fundamentos, de forma e conteúdo, que se projetam da Constituição para o direito penal. Enquanto norma suprema do Estado, a Constituição emana reflexos por todos os ramos do direito, servindo de alicerce para a elaboração e o sentido das disposições infraconstitucionais.

Canotilho (2003, p. 1435) reconhece na Constituição uma “ordem jurídica fundamental do Estado”, traduzida em um conjunto de normas jurídicas que regulamentam a sua estrutura política, seus órgãos e organização de seus poderes (funções), além de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, formando assim um perfil de Estado.

Esse perfil advém inicialmente da conjunção de princípios estruturantes, dentre os quais importa mencionar o federativo, o republicano, o Estado Democrático de Direito e o da separação de poderes, delineados nos artigos 1º, 2º e 18 da Constituição brasileira (BRASIL, 1988).

O princípio federativo designa a forma de Estado escolhida para o exercício do poder político no território, a Federação, “caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia” (SILVA, 2014, p. 101).

A configuração do Estado Federal tem sua efetividade na repartição de competências (descentralização) entre essas entidades autônomas, representadas por dois principais blocos: a União, com o poder central, e os Estados-membros – no caso do Brasil, também o Distrito Federal e os Municípios -, com poderes parciais ou regionais.

Representa importante diretriz voltada “ora para os aplicadores do direito, e principalmente, da Constituição; ora para o legislador no curso da elaboração das leis” (FERNANDES, 2013, p. 293), no que se inclui a lei penal.

Já a relação entre governantes e governados é concebida pelo princípio republicano, que fixa a forma de Governo do Estado em que o povo detém o poder soberano. José Afonso da Silva sinaliza o significado da palavra república enquanto:

[...] designativo de uma coletividade política com características da *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do *povo* e para o *povo*, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República. (SILVA, 2014, p. 104). (Grifos do autor).

Ademais, além do cumprimento de suas funções típicas e essenciais ao desenvolvimento do Estado, cada uma das funções estatais (o poder é uno), desempenhadas pelos órgãos com o mesmo nome - Executivo, Legislativo e Judiciário -, interconecta-se com as outras, como forma de evitar o exercício ilimitado do poder.

A lógica buscada é a manutenção do equilíbrio dessas funções independentes, harmonizadas pelo sistema de freios e contrapesos:

Assim, no caso brasileiro, por exemplo, o judiciário realiza o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; o executivo veta projetos legislativos aprovados, além de nomear membros do judiciário; já o legislativo detém poderes de investigação e analisa aspectos financeiros orçamentários. (FERNANDES, 2013, p. 295).

É preciso cuidado para não confundir o mecanismo autorizativo dessas interferências com o desrespeito à independência e competências a que todos têm direito, eis que se trata mais de colaboração recíproca. O intuito é evitar abusos dos órgãos, o que não significa apoderamento de atribuições e faculdades alheias, pois não há prevalência nem soberania de um em detrimento do outro. A partir de uma visão moderna do assunto, é possível trabalhar com a noção de garantia das liberdades das funções públicas.

Ao mesmo tempo em que o Estado é dotado de poderes que lhe servem de instrumento para atingir seus fins, há restrições garantidoras contra o arbítrio e o abuso do poder, consubstanciadas em princípios constitucionais, expressos e implícitos, e nas leis que compõem o ordenamento como um todo.

Trata-se de uma das principais funções da Constituição:

[...] operar como instrumento (estatuto) de limitação e controle do poder. Nessa perspectiva, não se deve olvidar, que o Estado Constitucional moderno se formou em virtude da luta contra o absolutismo, sendo que as constituições tinham por objetivo servir de fundamento e instrumento da limitação jurídica do poder político. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 72-73).

Portanto, é a Constituição que confere legitimidade ao poder punitivo estatal, quiçá ao próprio Estado. É que, explica o autor, o Estado constitucional deve ser um “Estado de direito democrático” (CANOTILHO, 2003, p. 98), ou seja, um Estado que, além de ter o seu poder limitado pelo direito (constitucionalismo), precisa se estruturar em uma ordem legitimada por seus cidadãos (soberania popular):

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação do sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a esse último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*. (CANOTILHO, 2003, p. 100) (Grifo do Autor).

O art. 1º da Constituição de 1988 dispõe que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito. Reflete o intuito de suplantar as falhas dos Estados liberais e sociais de direito, conciliando-os com a participação pública: “o Estado Democrático pretende realizar as premissas democráticas, as garantias jurídico-legais e atender as preocupações sociais” (GALVÃO, 2007, p. 58).

Segundo José Afonso da Silva (2014, p. 128), a democracia revela uma proposta de “afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. O autor explica essa declaração como:

[...] um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes. (SILVA, 2014, p. 128).

Nesse sentido, não basta um tratado constitucional apenas limitativo do poder, pois a produtiva combinação entre Constituição e democracia é que permite o compromisso com as conquistas históricas, impeditivas de retrocessos totalitários, tais quais os experimentados no século XX.

Trata-se, antes de tudo, de uma democracia constitucional orientada na sua permanente transformação e raciocínio crítico, permeada no princípio da igualdade, o qual satisfaz a concretização das demais liberdades (CHUERI; GODOY, 2010).

Uma república democrática não tem sentido sem a ideia de igualdade. A *res publica* somente pode ser traduzida no compartilhamento equânime de benefícios e encargos (DERZI, 1988), o que pressupõe a participação do povo no processo decisório.

Incompleta, porém, a isonomia perante a lei (formal), que supõe a correta aplicação legal: a democracia predica e caminha por uma igualdade sócio-econômica e, na modernidade, sócio-econômica-ambiental, retificadora das disparidades, revelada nos propósitos últimos da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

A concepção acerca do tipo de Estado constitucional acolhido determina, por conseguinte, o tipo de intervenção do direito penal.

Observa-se, por exemplo, que nos países europeus totalitários ou autoritários, como a Alemanha, no período nazista de Adolf Hitler, e a Itália, do ditador Mussolini, há um Estado legalmente desvirtuado, que encampou o alijamento de direitos individuais e do povo nas decisões estatais, bem como as atrocidades no âmbito penal.

Os direitos e garantias fundamentais que autolimitam o poder-dever punitivo do Estado manifestam-se, como explicitado, nos princípios constitucionais penais galgados, orientadores do direito penal moderno.

Na visão de Busato (2013, p. 23), “a opção por um Estado social e democrático de direito traz consigo, como consequência obrigatória, a assunção de determinados princípios”, os quais se relacionam a cada uma das concepções estatais: direito, social e democrático:

O *Estado de Direito* está associado ao princípio da legalidade; o *Estado social* está associado à necessidade social da intervenção penal e, como tal, justificado pelo princípio da intervenção mínima, vale dizer, pelo condicionamento de interferir somente onde é necessário; e o *Estado democrático* se identifica com o princípio de culpabilidade, porquanto a ideia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão significa respeitá-lo individualmente e limitar a intervenção Estatal à efetiva atuação culpável do sujeito. (BUSATO, 2013, p. 23). (Grifos do autor).

Indiscutível a importância que os princípios, espécie normativa, representam no meio jurídico (e concretamente na vida das pessoas), tendo desencadeado estudos avançados na hermenêutica e aplicação em âmbito constitucional.

Hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos. É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico. (ÁVILA, 2005, p 15). (Grifo do autor).

Tanto é que subsistem debates sobre a distinção entre princípios e regras, enquanto espécies do gênero norma, inclusive com posicionamentos exagerados de categorias diferenciadoras (ÁVILA, 2005, p. 15), cujas discussões não são objetos do presente trabalho.

Importa apontar a adoção da perspectiva de Ronald Dworkin (1999) sobre o reconhecimento do caráter deontológico do direito, enquanto integridade, e da necessária utilização dos princípios para a sua aplicação e a construção argumentativa de cada caso.

É o que também afirma Jürgen Habermas:

[...] An adjudication oriented by principles has to decide which claim and which action in a given conflict is right-and not how to balance interests or relate values. True, valid norms make up a flexible relational structure, in which the relations can shift from case to case; but this shifting is subject to the coherence proviso, which ensures that all the norms fit together into a unified system designed to admit exactly one right solution for each case. The legal validity of the judgment has the deontological character of a command, and not the teleological character of a desirable good that we can achieve to a certain degree under the given circumstances and within the horizon of our preferences. What is the best for us at a given point does not ipso coincide with what is equally good for all¹. (HABERMAS, 1996, p. 260-261).

Como ensinado por Dworkin (2002, p. 41), o princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas (ainda assim) necessita uma decisão particular”. De modo geral, portanto, os princípios integram o centro do ordenamento jurídico, determinando as suas diretrizes, inspirando o legislador na sua tarefa legiferante, e o aplicador do Direito, estabelecendo o alcance e o sentido das regras de um respectivo subsistema.

¹Tradução livre para o português: Uma orientação baseada em princípios tem que decidir qual demanda e qual ação em determinado conflito é correta – e não como balancear interesses ou valores. Normas verdadeiras e válidas têm uma estrutura relacional flexiva, modificando-se a cada caso concreto, mas essa variação é submetida a um juízo coerente, que garanta que todas as normas sejam adequadas a um sistema unitário, o qual admite uma só resposta correta para cada circunstância. A validade legal do julgamento tem a característica deontológica de um comando, e não a característica teleológica de um bem desejável, que se pode atingir até certa extensão, de acordo com as circunstâncias e com o horizonte de preferências do intérprete. O que é melhor para nós em determinado momento não coincide com o que é igualmente justo para todos.

Os princípios oferecem um parâmetro à própria produção normativa. E o intérprete do direito, na análise do fato, parte de uma visão principiológica fundada, primordialmente, na Constituição. Com efeito, os princípios são dotados de normatividade que se irradia sobre todo o ordenamento, harmonizando e integrando todas as normas que o constituem.

A formação dos princípios constitucionais penais está voltada à proteção individual, frutos dos ideais iluministas e nascidos de um estado liberal de direito, frente ao absolutismo, mais ou menos autoritário.

O direito penal liberal, no estado de direito, representou os ideais da burguesia, visando conter toda forma de arbítrio para garantir os direitos do homem, “principalmente no que concerne a inviolabilidade da liberdade individual e da propriedade” (LUIZI, 2003, p. 11). Consolidou-se a partir das constituições americanas e da francesa, do fim do século XVIII, que traçaram as bases do chamado “constitucionalismo moderno” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 37), protetor de direitos fundamentais.

Destacam-se, nessa visão, os princípios da legalidade, culpabilidade, intervenção mínima, pessoalidade e humanidade (BRASIL, 1988), tendo o primeiro especial relevo para o corrente estudo, adiante explicitado.

O Estado liberal contribuiu com o surgimento de “uma sociedade profundamente injusta, com evidentes e chocantes desigualdades” (LUIZI, 2003, p.11). E esse prisma mostrou-se limitado, posto que insuficiente às transformações de cunhos sociais, necessitando de reformulação.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual [...] e sim de liberdade por intermédio do Estado [...] revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. (SARLET, 2012, p. 33).

Para possibilitar o pleno desenvolvimento das liberdades individuais, o Estado precisou intervir, de forma a realizar a igualdade material e, assim, encontrar harmonia das condições sociais, isso como resultado fundamental da democracia e do constitucionalismo (DWORKIN, 2002).

Esses direitos, comumente representados nos direitos conferidos aos trabalhadores, ainda estão vinculados ao homem-indivíduo, porém no aspecto de justiça social, ao que se diferem, portanto, dos direitos difusos ou transindividuais, relacionados ao coletivo. (SARLET, 2012).

A Segunda Guerra Mundial e o impacto tecnológico, dentre outros fatores, evidenciaram que os problemas sociais excediam os grupos ou determinados territórios, abrangendo valores de interesse geral, do gênero humano, a reclamar proteção. O reflexo disso é o nascimento de direitos fundamentais, cuja titularidade muitas vezes é indefinida e indeterminada: atividade econômica, cultura, meio ambiente etc..

Essa mudança incorporou “uma série de preceitos que implicam no alargamento da atuação do direito penal nos moldes a ampliar a área de bens objeto de sua proteção” (LUIZI, 2003, p. 12). Além da garantia das prerrogativas individuais, o direito penal passa a ser parte da tutela de novas matérias, primordiais para a realização dos fins estatais almejados e delineados constitucionalmente, mormente os de cunho sócio-ambiental.

Não obstante, por constituir a possibilidade da aplicação de pena privativa de liberdade, a sanção mais grave ao correlato direito fundamental individual, ou mesmo de penas restritivas de outros direitos, posto estigmatizador, o direito penal não pode servir de forma meramente simbólica.

2.1 A confecção da norma penal e suas peculiaridades

O primeiro pressuposto de um direito penal moderno, balizado pelo modelo constitucional de Estado Democrático de Direito e, portanto, preocupado com o cidadão, é a obediência à lei, consubstanciada na legalidade:

A construção de um Estado totalitário ou autoritário encontra, no indivíduo, um obstáculo. O direito penal de um Estado autoritário ou totalitário despreza o princípio da legalidade em matéria penal na mesma proporção em que despreza o indivíduo. Isso porque, dentre os ramos do direito, o penal é o que oferta a possibilidade mais contundente de o Estado intervir na esfera de individualidade de seus cidadãos. (MENDONÇA, 2016, p. 49).

E o princípio é previsto expressamente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao dispor no inciso XXXIX, do artigo 5º que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988) e, por sua importância, repetido no artigo 1º do Código Penal (BRASIL, 1940).

Embora o embrião do estado de direito e, portanto, do princípio penal constitucional possa ser remetido a um passado mais longínquo² (HUNGRIA, 1942), a legalidade consolidou-se para integrar as Constituições e Códigos Penais a partir da “derrocada das monarquias absolutas e instauração dos regimes democráticos” (LUIZI, 2003, p. 20), com a Revolução Francesa. E passa a ser amplamente conhecida com o enunciado latino clássico *nullum crime e nulla poena, sine previa lege*, cunhado inicialmente por Feuerbach (ZAPATERO, 1983).

Significa a imposição formal de limite à intervenção estatal na esfera da liberdade individual, condicionada pelo mecanismo legislativo: “a elaboração de normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei” (TOLEDO, 2011, p. 21).

Acrescenta-se a conformidade do sistema jurídico-penal como um todo (direito penal, processo penal e leis de execuções penais) ao primado da legalidade. Ou seja, todo o conjunto de normas jurídicas que definem crime e pena, que disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime e a aplicação e execução das sanções cominadas.

Aliás, guarda-se consonância com a disposição de âmbito internacional, veiculada na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido **provada de acordo com a lei**, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. **Ninguém poderá ser culpado** por qualquer ação ou omissão **que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional**. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (Grifos nossos). (ONU, 1948).

Por isso, Luiz Luisi destaca o princípio como “patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente nos textos legais internacionais mais importantes do nosso tempo” (LUIZI, 2003, p. 21).

Há importantes desdobramentos do princípio da legalidade, especialmente no que diz respeito à confecção da norma penal incriminadora, responsável por estabelecer os delitos e as sanções.

² Nelson Hungria manifestou que a definição legal prévia de crimes e penas tem sua origem na Carta Magna do Rei inglês João Sem Terra, de 1215. Outros autores, porém, remetem ao direito romano ou medieval. (LUIZI, 2003).

É possível atribuir dois principais sentidos ao princípio, um político e outro técnico:

[...] entra em evidência, antes de tudo, a sua dimensão política, que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros poderes do Estado, para, a seguir, merecer consideração sua dimensão técnica, que expressa a forma de como devem os legisladores formular as normas penais. (BUSATO, 2013, p. 33-34).

Para Luiz Luisi esses desdobramentos podem ser resumidos em três postulados, “um quanto as fontes das normas penais incriminadoras. Outro concernente a enunciação dessas normas. E um terceiro relativo a validade das disposições penais no tempo” (LUIZI, 2003, p. 17).

O primeiro é o da fonte de produção da legislação penal, isto é, o órgão do qual emerge a legislação penal, a União que, privativamente, concretiza sua competência na forma de lei federal, de atribuição do Congresso Nacional, nos termos dos artigos 22 e 48 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), observado o procedimento legislativo, em harmonia ao princípio democrático.

Diferencia-se tecnicamente, por isso, a legalidade da reserva legal, na medida em que aquela compreenderia a elaboração de todas as fontes jurídicas especificadas no artigo 59 da Constituição (BRASIL, 1988), enquanto a reserva legal estaria adstrita à lei ordinária federal, originada do processo legislativo básico, que tramita nas duas Casas, a representativa do povo (Câmara dos Deputados) e a dos estados federados (Senado Federal).

Nesse sentido, excluem-se:

[...] as normas regulamentares emanadas do Poder Executivo, que têm nível inferior à lei, como Decretos, Medidas Provisórias etc., do Poder Judiciário, como Portarias, Recomendações, Resoluções etc., e mesmo outros mecanismos legislativos próprios do Poder Legislativo diferentes da lei em sentido estrito, como Decretos Legislativos, Resoluções etc. (BUSATO, 2013, p. 45).

Tanto que há proibição expressa de que legislação penal seja objeto das leis delegadas, por não poderem tratar de direitos individuais – artigo 68, §1º, inciso II, entre os quais se incluem o direito à liberdade, afetada diretamente pelo direito penal, bem como das medidas provisórias – artigo 62, §1º, inciso I, letra b (BRASIL, 1988); embora estas últimas já tenham sido admitidas para benefício dos cidadãos, no que tange ao Estatuto do Desarmamento³ (BRASIL, 2003).

³ As condutas relacionadas ao crime de posse de arma de fogo foram consideradas atípicas, uma vez praticas no período compreendido entre 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005 (prorrogado até 31 de dezembro

De igual modo, proíbe-se o uso dos costumes e da analogia para a fundamentação ou agravamento da pena, os quais constituem fontes do direito penal apenas quando beneficiam o agente (TOLEDO, 2011).

Registra-se a exceção constitucional - parágrafo único do artigo 22, de que a lei complementar federal poderá autorizar os estados-membros a legislar sobre direito penal, porém, somente em questões específicas de interesse local (BRASIL, 1988), exemplo daquelas referentes ao meio ambiente em determinada região. E a emenda constitucional, uma vez aprovada, possui idêntico status da outra norma constitucional, por óbvio podendo imiscuir-se do assunto.

Francisco de Assis Toledo (2011), Fernando Galvão (2007) e Roberto Bitencourt (2007), por exemplo, dispensam a distinção, tratando as denominações como sinônimas e representativas do mesmo princípio. Já Luis Luisi (2003) e Paulo Busato (2013) intitulam a reserva legal como um dos postulados ou garantia derivada da legalidade.

Outro postulado é apresentado na exigência de lei anterior ao fato, ou seja, a vedação da retroatividade da lei para fundamentar ou agravar a punibilidade, e sua aplicação obrigatória para beneficiar o agente, segundo prescrevem o artigo 5º, inciso XL, da Constituição brasileira (BRASIL, 1988), e o artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Por fim, o princípio da legalidade ou da reserva legal impõe a clareza na construção dos tipos. A lei deve ser certa, e não indeterminada, sem “deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios” (TOLEDO, 2011, p. 29).

O âmbito do proibido deve ser identificado da forma mais concreta possível ao destinatário da norma. A lei indeterminada desguarnece o cidadão, que pode ficar à mercê da arbitrariedade estatal.

Não só isso: torna a interpretação judicial discricionária, a ponto de usurpar a atividade legislativa e, por consequência, ofender o princípio da separação dos poderes (ROXIN, 1997).

As leis penais devem ser claras e precisas, com a mínima utilização de vocábulos ambíguos, de forma a evitar entendimentos contraditórios advindos da abertura indiscriminada para a discricionabilidade do aplicador da lei.

de 2008 nos casos de arma de fogo de uso permitido), nos termos da Medida Provisória n. 417, de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos artigos 30 a 32 da Lei n. 10.826/03 (BRASIL, 2008).

O corolário da “determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme” (LUIZI, 2003, p. 24).

Cezar Roberto Bitencourt reconhece o emprego desses termos valorativos para a tutela de bens jurídicos relevantes, mas demanda parcimônia:

[...] o legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos, expostos como cláusulas gerais, os quais permitem, de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. Na verdade, o problema são os extremos, quais sejam, ou a proibição total da utilização de conceitos normativos gerais ou o exagerado uso dessas cláusulas gerais valorativas, que não descrevem com precisão as condutas proibidas. (BITENCOURT, 2007, p. 11).

As modernas e atuais necessidades sociais têm causado uma preferência do legislador na elaboração de leis penais pouco precisas e determinadas, violando a segurança jurídica do cidadão. É o caso da lei de crimes ambientais, que será objeto de análise em capítulo específico.

Ocorre que leis indeterminadas evidenciam, “de modo implícito, a renúncia do legislador à sua missão de definição dos comportamentos delitivos e uma remissão ao juiz para que este cumpra com tal labor” (BUSATO, 2013, p. 49), reforçando o que já defendia Claus Roxin (1997).

E a legislação hodierna tem mostrado o emprego exagerado do instrumento de leis penais em branco, tipos penais abertos, conceitos indeterminados, de delitos omissivos impróprios e elementos normativos do tipo.

Interessa a técnica das leis penais em branco, pois o uso cada vez mais frequente entra em tensão com o princípio estruturante da separação dos poderes e com o princípio constitucional penal da legalidade e seus respectivos postulados, sobretudo o da reserva legal e da determinação taxativa.

2.1.1 Da dinâmica das leis penais em branco

Binding traça a primeira definição de lei penal em branco e, para isso, diferencia a norma, responsável por criar o ilícito, da lei penal, expressão de sua prática (ALFLEN, 2007). Segundo esse entendimento, o agente que realizasse a ação disposta no artigo 121, do Código Penal, que prevê: “Matar alguém – Pena: reclusão, de seis a vinte anos” (BRASIL, 1940),

estaria, na verdade, agindo de acordo com a lei, na medida em que o comportamento refletiria *ipsis litteris* ao tipo penal incriminador.

Com efeito, o agente ofenderia tão-somente a norma penal, cujo conceito estaria adstrito ao mandamento proibitivo e, portanto, punível.

A colocação de Binding, estruturada sob base positivista, de apartar a lei da norma penal, desconsiderando a norma como fruto da extração de seu veículo formal, não escapou de críticas (TIEDEMANN, 2002), muito embora tenha alcançado significativa contribuição na área.

Sabe-se que as normas penais são subdivididas em incriminadoras, que estabelecem um fato proibido e a respectiva sanção penal; e não incriminadoras, que tratam de algum aspecto outro das primeiras, mas sem trazer crime nem pena.

E “a norma penal incriminadora é obtida a contrário senso do preceito da lei penal. Se o preceito descreve uma ação, a norma descreve uma inação. O contrário também é verdadeiro” (MENDONÇA, 2016, p. 21), o que, segundo Bitencourt (2007) decorre de opção legislativa em razão da obediência à descrição anterior e taxativa imposta pelo *nullum crimen sine lege*.

No entanto, essa exigência oriunda do princípio da legalidade, de início, não é atendida pela lei penal em branco, que contém a sanção penal determinada (preceito secundário), porém a descrição da conduta proibida (preceito primário) incompleta, demandando integração.

Segundo explicado por Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (2016, p. 22), “essa incompletude desaparece quando se integra à lei penal a norma de complementação” e, com isso, se conhece a norma penal.

Da pesquisa aos precedentes dos tribunais pretorianos, observam-se referências à expressão norma penal em branco como se lei penal em branco fosse (HC 195423 SP; RESP. 875463/DF; RE 635659/SP; HC 95.939/MG; RHC 9834 SP). Não há qualquer menção sobre as trabalhadas diferenciações.

Fragoso (1995), Sirvinskas (2011) e Bottini (2013) também adotam a terminologia norma penal em branco. E Busato (2013), apesar de mencionar a separação entre norma e lei no que concerne à teoria do delito, acaba usando o termo de forma indistinta.

Nesse sentido, é preciso dirimir a confusão feita até hoje, pela doutrina e tribunais superiores (RIBEIRO; COELHO, 2017), na utilização indiscriminada da expressão norma penal em branco como sinônima de lei penal em branco:

Norma em branco não existe, porquanto sempre deve ser certa. Norma em branco não é norma, pois esta é comando, o conteúdo proibitivo que se expressa pelo modelo de conduta descrito na lei. A lei sim pode buscar a sua “alma” em outra fonte normativa, embora, como se verá, também não esteja isso a salvo de críticas. (RIBEIRO; COELHO, 2017, p. 148).

Sanado o problema de denominação, é preciso apresentar a distinção de mecanismos semelhantes, bem como a classificação e a delimitação da lei penal em branco.

A lei penal em branco faz referência, por meio da técnica de remissão, a preceitos jurídicos distintos, ou seja, as normas complementadoras equivalem à lei formal federal, penal ou não penal, leis estaduais ou municipais ou atos normativos de nível inferior, sejam federais, estaduais ou municipais.

Há definições na parte geral do Código Penal que servem de complemento para a compreensão do conteúdo da lei incriminadora, disposta na parte especial ou nas chamadas leis extravagantes. Como exemplo, a integração propiciada pela definição da tentativa (artigo 14 do Decreto-Lei n. 2.848) limita a extensão do homicídio não consumado.

Mas diferente da lei penal em branco, “a norma de complementação promove uma ampliação dos limites do fato proibido sem definir um elemento objetivo do tipo penal” (MENDONÇA, 2016, p. 218).

Nas leis penais imperfeitas, o preceito secundário (a sanção penal) é conhecido por meio do processo de remissão e integração. Tem-se o exemplo clássico no crime de uso de documento falso: “Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena - a cominada à falsificação ou à alteração”. (BRASIL, 1940).

A pena do delito de uso corresponde a de uma das falsificações previstas nos artigos 297 a 302 do Código Penal. A justificativa, segundo Mendonça (2016, p. 69), decorre de “mera conveniência do legislador”, que não quis repetir a sanção e “produzir um tipo penal”. Na lei penal em branco esses processos são necessários para o preceito primário (a conduta proibida) e visam a “manutenção da harmonia e unidade do ordenamento jurídico” (MENDONÇA, 2016, p. 219).

Por fim, as leis penais em branco não devem ser confundidas com as leis que contém elementos normativos jurídicos, tidos como remissões expressas ou tácitas a outros conceitos, jurídicos ou sociais, fornecidos a partir de um juízo de valor do intérprete, essencial para a exata compreensão do texto.

Não há real integração normativa, pois as leis já são completas, ao contrário da lei penal em branco:

[...] estaremos diante de uma lei penal em branco quando a norma de complementação indicar concretamente o que devemos compreender pelo elemento em branco. Estaremos diante de uma lei penal que lança mão de um elemento normativo jurídico quando a norma de complementação estabelecer um conceito abstrato do que devemos compreender pelo elemento normativo jurídico. (MENDONÇA, 2016, p. 219).

Seguindo a explicação do autor, portanto, o delito de peculato, previsto no artigo 312 do Código Penal, é exemplo de lei que emprega o elemento normativo jurídico, pois encontra uma definição geral e abstrata do que se entende por funcionário público no artigo 327, também do Decreto-Lei n. 2.848 (BRASIL, 1940).⁴

Isso só reforça a dificuldade existente, mesmo em termos conceituais, em relação às leis penais em branco, sendo comum a ilustração do vocábulo “funcionário público” como elemento em branco.

A origem e a natureza da norma de complementação permitem a classificação das leis penais em branco em dois tipos: as homogêneas (impróprias ou em sentido amplo) e as heterogêneas (próprias ou em sentido estrito).

No primeiro caso, o complemento emana de fonte homóloga, da mesma instância normativa que a lei penal, qual seja, lei federal; no segundo, a fonte é heteróloga, isto é, diversa da que editou a lei complementada. (MARCHI JÚNIOR, 2012, p. 65).

As leis penais em branco homogêneas podem ser divididas em homovitelinas, se o complemento pertence ao mesmo texto da lei principal, e heterovitelinas, quando a norma complementar se encontra em outra lei, de idêntica hierarquia:

1 – As leis penais em branco em sentido amplo, que fazem uma remissão interna (homovitelinas), remetem a outros dispositivos contidos na mesma lei. [...]. 2 – Leis penais em branco em sentido amplo que fazem uma remissão externa (heterovitelinas) são aquelas que remetem a outra lei formal, porém emanadas da mesma instância legislativa. (SILVA, 2004, p. 68-69).

⁴ Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

A título de exemplos, respectivamente, o delito de esterilização cirúrgica, do artigo 15 da Lei n. 9.263/96, quando o procedimento é realizado em desacordo com as disposições do artigo 10 do mesmo diploma legal (BRASIL, 1996)⁵, a norma de complementação; e o crime de conhecimento prévio de impedimento, disposto no artigo 237 do Código Penal, cometido por quem contrair casamento ciente da circunstância tolhida (BRASIL, 1940)⁶, em que as hipóteses coibidas são elencadas no artigo 1521 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁷, lei ordinária diversa.

Destaca-se o entendimento do argentino Luis Jiménez de Asúa, para quem as expressões como “funcionário” e “menor” são verdadeiras interpretações autênticas (ASÚA, 1984), essenciais na harmonia do sistema. Assim, não existiriam leis penais em branco homogêneas homovitelinas, somente as remissões externas, heterovitelinas, constituem hipóteses de lei penal em branco homogênea.

De todo modo, não há sérios questionamentos sobre a lei penal em branco homogênea que, embora careça da determinação taxativa (antes da integração) postulada pelo princípio da legalidade, tem como complemento lei federal, em sentido formal, originada do Poder Legislativo.

⁵ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce; II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. § 1º É condição para que se realize a esterilização o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes. §2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores. §3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do §1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente. §4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia. §5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. §6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei.

⁶ Art. 237 - Contrair casamento, conhecendo a existência de impedimento que lhe cause a nulidade absoluta: Pena - detenção, de três meses a um ano.

⁷ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Frise-se que o inciso VI é interpretado na configuração do crime de bigamia, previsto no artigo 235 do Código Penal: “Contrair alguém, sendo casado, novo casamento: Pena - reclusão, de dois a seis anos”.

Por sua vez, as leis penais em branco heterogêneas, complementadas por outras instâncias normativas, inclusive inferiores à lei federal (normas administrativas federais, estaduais ou municipais), “podem ser confrontadas com o princípio da determinação e da reserva legal” (MENDONÇA, 2016, p. 36).

O artigo 33 da Lei n. 11.343/06⁸ (BRASIL, 2006), por exemplo, remete o intérprete ao conteúdo proibitivo disponível na Portaria n. 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde (Poder Executivo), que traz a identificação das substâncias proscritas.

Quanto ao princípio da determinação, segue a deficiência da homogênea, socorrendo-se do recurso de remissão para fins de integração da norma complementar à lei penal e, somente assim, tornar-se completa.

O principal problema das leis penais em branco heterogêneas é o conflito com a reserva legal e, com isso, a inadequação constitucional ou inconstitucionalidade, da seguinte forma:

Em se tratando de uma norma administrativa, a norma complementar poderia violar o princípio da reserva legal porque está definindo o fato proibido sem passar por um processo legislativo. Em se tratando de leis estadual ou municipal, a norma complementar poderia violar o princípio da reserva legal porque Estados e municípios não tem competência para legislar em matéria criminal. (MENDONÇA, 2016, p. 36).

Tarcísio Mendonça (2016) observa a questão sob dois enfoques: o princípio pluralista, na exigência de órgão colegiado representativo da sociedade na elaboração das leis, o Congresso Nacional, ao contrário de um órgão administrativo; e o princípio federalista, na competência da União em matéria penal, o que exclui leis estaduais ou municipais.

O primeiro também poderia ser traduzido nos princípios democrático e da separação de poderes, eis que trata da participação da sociedade na legitimação da atividade legiferante, bem como de irregular interferência do Executivo:

⁸ O artigo 33 tipifica o tráfico de drogas: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer **drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Os artigos 1º e 66 fazem a remissão expressa ao complemento do elemento droga. Art. 1º - Parágrafo único. Para fins desta Lei, **consideram-se como drogas** as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, **denominam-se drogas** substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, **da Portaria SVS/MS nº 344**, de 12 de maio de 1998. (Grifos nossos).

La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo como titular del poder del Estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, que se expresa en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del Derecho y se le reduce a la función de aplicar el Derecho, mientras que al ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y de ese modo se impide cualquier abuso de poder del mismo en este campo⁹. (ROXIN, 1997, p. 145).

Ademais, com a transferência da função de criminalização primária ao executivo nas leis penais em branco heterogêneas, o caráter de *ultima ratio* (ou intervenção mínima), consagrador do estado de direito, restaria ofendido (ZAFFARONI; BATISTA *et. all.*, 2011).

Ainda há de se questionar a intensificação da dificuldade, já existente, no conhecimento das leis penais pelo cidadão, que precisará buscar outros comandos se quiser apreender o integral conteúdo proibitivo.

O fato de o desconhecimento legal ser inescusável, para fins de responsabilidade, como previsto no artigo 21 do Código Penal (BRASIL, 1940), e no artigo 3º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro (BRASIL, 1942), não ilide o postulado de determinação taxativa, com bases democráticas solidificadas.

De mais a mais, a depender da situação, cabível a arguição do erro de proibição, tendo em vista a falta de conhecimento (ou de potencial consciência) da ilicitude do fato, pela complexidade afeita a determinados assuntos.

Aliás, o embaraço ascende ao intérprete jurista (e penalista) na aplicação da norma penal, com conteúdo proibido compartilhado entre âmbitos jurídicos distintos, por vezes discrepantes (GARCIA ARAN, 1993).

Verifica-se, por meio dos julgados dos tribunais superiores, que há ampla aceitação às leis penais em branco, embora sem aprofundamentos teóricos sobre a (in) constitucionalidade da técnica (HC 195423 SP; RESP. 875463/DF; RE 635659/SP; HC 95.939/MG; RHC 9834 SP).

Surpreende a motivação no Recurso Especial n. 875463 DF, do Superior Tribunal de Justiça, que rebate a tese defensiva de violação do “princípio da hierarquia das leis”

⁹ Tradução livre para o português: A aplicação da pena constitui uma ingerência tão rigorosa na liberdade do cidadão que a legitimidade para determinar seus pressupostos só pode estar na instância que representa mais diretamente o povo como titular do poder do Estado: o Parlamento com representantes eleitos pelo povo. Mediante a divisão de poderes, que se expressa no princípio da legalidade, retira-se o juiz da função de criação do direito, limitando-o a sua aplicação, de modo que o executivo é totalmente excluído da possibilidade de cooperar para a punição, impedindo qualquer tipo de abuso.

concernente à Portaria n. 344 SVS, julgando o ato administrativo executivo válido simplesmente porque a lei assim reconhece sua legitimidade na definição da substância entorpecente ou psicotrópica.

Mas a urgência quanto ao efetivo controle de constitucionalidade sobre a legislação penal que se vale dos elementos em branco (HASSEMER, 2001), cabe refletir, pode desembocar efeitos de relevo na realidade vigente.

Por isso, a técnica tem sido aceita com fundamentos de política criminal, na medida em que a lenta produção legislativa penal, a vista de assuntos politicamente penosos, não é capaz de acompanhar as rápidas transformações sociais, sobretudo nos perigos potenciais, de forma que passa a ser cômodo o desenvolvimento de regras complementares por outras áreas de regulamentação.

Esse fundamento bastava diante das poucas leis penais em branco de outrora, mas atualmente requer aprofundamentos teóricos com o objetivo de impor limites na sua utilidade e, destarte, evitar a banalização e administrativização do direito penal.

Busato sugere a indicação de outras garantias e princípios para o emprego da lei penal em branco, “tais como recorrer a ela somente em *ultima ratio* e que a interpretação que resulte da integração [...] se dê sempre sobre o foco da proteção ao bem jurídico” (BUSATO, 2013, p. 182-183).

Concorda-se com o posicionamento de um uso moderado e de um núcleo elementar ou mínimo previsto pela lei principal, e o desafio consiste justamente em trabalhar quais seriam essas delimitações da lei penal em branco heterogênea, na tratativa ambiental, isto é, nos delitos ambientais.

3 MODERNIDADE: O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade contemporânea ocidental pode ser descrita como o terceiro grande momento intelectual e cultural, resultante do racionalismo grego e de sua assimilação pela teologia cristã; isto é, a tradição helênica e a judaico-cristã são arcabouços para a construção do que se entende por modernidade.

Sob uma ótica sociológica, Habermas explica o processo de modernização introduzida por Max Weber:

O conceito de modernização refere-se a um conjunto de processos cumulativos e de reforço mútuo: à formação de capital e mobilização de recursos; ao desenvolvimento das forças produtivas e ao aumento da produtividade de trabalho; ao estabelecimento do poder político centralizado e à formação de identidades nacionais; à expansão dos direitos de participação política, das formas urbanas de vida e da formação escolar formal; à secularização de valores e normas etc. (HABERMAS, 2000, p. 5).

De outra forma, a modernidade reflete as transformações aceleradas com vistas ao progresso, ao conhecimento e ao desenvolvimento em todos os setores pela humanidade. Não diz respeito exclusivo à técnica, incluindo o modo de vida humano nas suas relações interpessoais, porquanto “a lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa” (SÁNCHEZ, 2002, p. 34).

Hegel é o primeiro filósofo a vislumbrar e a trabalhar, conceituando, os problemas advindos da modernidade. Trata-se de uma mudança paradigmática em relação aos modelos anteriores, pois há uma substituição do fundamento divino pelo homem político, que se autonormatiza.

A modernidade em Hegel é associada à subjetividade e, com isso, “explica simultaneamente a superioridade do mundo moderno e sua tendência à crise” (HABERMAS, 2000, p. 25). E pontua os acontecimentos que antecipam essa modernidade, ao desaguar nessa subjetividade: a Reforma Protestante, em que há uma crítica à interpretação oficial a respeito das escrituras, possibilitando que cada indivíduo seja intérprete; o Iluminismo e a Revolução Francesa, pois em ambos o parâmetro é o homem, a vontade humana.

Como consequência, na Modernidade, há uma relação objetiva do homem com o mundo, por meio da técnica, ou seja, a capacidade do homem de modificar a natureza; ao mesmo tempo em que o Estado domina a intersubjetividade, ou seja, o indivíduo

compreendido como social, enquanto a atividade que exerce na sociedade; e abdica-se do fundamento absoluto expressado em Deus. (HABERMAS, 2000).

Nessa linha de raciocínio, além do individualismo, especificamente quanto à objetificação da natureza, o homem beneficia-se da evolução das ciências, sempre na tentação de expandir seu domínio, pois a “modernidade se assentou sobre os conceitos de razão e de progresso infinito” (ZAFFARONI; BATISTA, et. all., 2011, p . 646).

E quanto mais anseia por essa dominação, mais o homem descobre uma ameaça ao seu padrão de vida moderno: primeiro, pela própria natureza, que responde muitas vezes fatal e irremediavelmente a essa postura totalitária e excludente; e segundo, o homem corre o sério risco de ser dominado por aquilo que criou (HEIDEGGER, 2002).

Entre os aspectos positivos desses novos tempos, tem-se a evolução dos meios tecnológicos, bem como a maior difusão de conhecimento. No entanto, esses avanços também têm sido meio de provocação e acentuação das desigualdades sociais (e ambientais), concentrando poder e renda nas mãos de uma minoria, reproduzindo e mantendo uma ideologia dominante:

Toda a crítica à modernidade, que abarca a ideia de progresso, o predomínio ou exclusividade de uma razão meramente instrumental (orientada para finalidades) guiada pela vontade de poder, assim como a crítica ao direito e ao poder punitivo, baseiam-se na constatação de que, embora o desenvolvimento das instituições sociais modernas haja criado maiores oportunidades do que em qualquer outra época para os seres humanos, é inegável ter essa mesma modernidade um lado sombrio, que se evidencia com **a caracterização do século XX como centúria de catástrofes e matanças**, onde o número de vidas perdidas foi notoriamente maior do que em qualquer dos dois séculos precedentes. **Torna-se inevitável que as críticas à modernidade**, baseadas nessa constatação empírica, **sejam feitas também ao direito concebido conforme as ideias liberais políticas e, por conseguinte, ao direito penal de garantias ou limitador**, ainda que muitas vezes não sejam explicitadas. (ZAFFARONI; BATISTA, et. all., 2011, p . 646). (Grifos nossos).

Ulrich Beck (2010, p. 24) explica que “o processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema”. Essa constante oposição entre aproximação e distanciamento entre os espaços e tempo trazidos pela globalização acabam também representando uma crise que é global: a ecológica.

É que a modernização distribui riscos globais – à saúde, ambiente, alimentação e “os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram”. (BECK, 2010, p. 44).

Evidente que o risco não é exclusividade do mundo moderno, antes “ampliou sua natureza e adquiriu novas facetas. Mudou, ou melhor, adaptou-se em uma sociedade mais complexa” (BRAGA, 2005, p. 155), como aclarado por Ulrich Beck:

Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos *pessoais*, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra. (BECK, 2010, p. 25). (Grifo do autor).

De fato, anteriormente, o risco tinha conotação acidental, advinda de uma formulação romana de dano, enquanto acontecimento exterior, imprevisível e individual. Facilmente percebido, os riscos poderiam ser compensados na seara cível, uma vez causados por terceiros (AMARAL, 2005).

Essa acepção perdurou na sociedade liberal, a que Pablo Alflen (2007) denominou como primeira fase do risco, facilmente percebido. Na segunda fase, o risco pode ser objetivamente calculado pela ciência, abandonando o aspecto de acidente. Nasce, juntamente com a razão científica, a possibilidade de prevenção dos riscos.

Para o autor, parte-se de uma errônea certeza humana de que todas as coisas são dominadas pelo homem, sendo “a utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma é confirmada em todos os aspectos: “prevenção de doenças”, “prevenção de crimes”, “prevenção da miséria e da insegurança social”” (ALFLEN, 2007, p. 9).

A terceira fase é predominada pelos riscos catastróficos, muitas vezes irreversíveis. Pouco (ou nada) pode-se fazer para a prevenção do imprevisível, e o homem passa a hesitar e temer diante do próprio conhecimento (ALFLEN, 2007).

É a diferença do risco atual que está, conclui o sociólogo Ulrich Beck (2010), na origem e alcance: os riscos são resultados do processo industrial e com a continuidade do sistema acabam metodicamente acentuados, culminando em uma sociedade orientada pelo risco.

Sánchez (2002) trata dos riscos tecnológicos, derivados dos diversos avanços nos setores das ciências em geral, que repercutem na criminalidade praticada via internet, bem como dos riscos não tecnológicos, próprios dos delitos de massas, decorrentes da desigualdade e marginalização social da sociedade pós-industrial.

E, por isso, os riscos não se resumem ao meio ambiente, mas incluem tipos específicos de violência, como os de vertente econômica, o tráfico de drogas, os cibernéticos, determinando um quadro pós-industrial, que compreende o direito (BRAGA, 2005).

Aliás, sobre os riscos ambientais, realçados por essa perspectiva, Ulrich Beck ensina que:

Problemas ambientais não são problemas do meio ambiente, mas problemas completamente – na origem e nos resultados – sociais, problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política. (BECK, 2010, p. 99).

Ora, já não é possível discutir aquecimento global e perda da biodiversidade somente de forma interna e nacional, pois esses problemas ultrapassam as fronteiras; ao mesmo tempo em que os seus reflexos são sentidos desigualmente entre os países, sobretudo conforme o maior ou menor poder aquisitivo de cada sociedade.

Mas “[...] os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles. Eles contêm um efeito *bumerangue*, que implode o esquema de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles” (BECK, 2010, p. 27).

A concepção de risco trazida pelo alemão Ulrich Beck, como algo imanente à sociedade moderna, mas incapaz de ser suprimido, suscita questões controversas para o direito, como a insegurança, nessa constante dialética entre o social e o jurídico.

Na esteira do pensamento de Ulrich Beck, Figueredo Dias afirma que os novos problemas implicam “uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo” (DIAS, 2001, p. 158).

Nesse aspecto, constata-se a importância do vínculo temporal, presente-futuro, para o direito na modernidade, que precisa dispor de meios rápidos e eficientes de reação ao risco, ou seja, preventivos. Os riscos podem transformar-se em problemas capitais, onde a repressão se mostra tardia.

Salienta-se o paradoxo da pretensão de “superar a modernidade usando suas próprias ferramentas” (ZAFFARONI; BATISTA, et. all., 2011, p. 646-647). Adentra-se cada vez mais na potencialização de tecnologias, inclusive na tentativa de reduzir a insegurança, embora isso não impeça a existência dos riscos.

Ocorre que o apaziguamento dessa insegurança, de certo modo trazido com a expectativa das pessoas no futuro, é também passageiro, uma vez que os avanços científicos e tecnológicos acabam por identificar outros riscos, dantes não deduzidos.

Para Chamon Júnior¹⁰ a complexidade da sociedade impede a realização dessa segurança social pretendida, o que, indubitavelmente, compromete a imprecisão do futuro:

[...] entender o conceito de segurança como contraposto ao de risco é cair no vazio. É isto porque apresentar a segurança como o outro lado da forma significaria a possibilidade de indicar uma observação como segura; implicaria, por exemplo, vislumbrar determinadas decisões como seguras e que, destarte, se apresentaria como não arriscadas. [...] seria, definitivamente, apreender o mundo em toda sua contingência como algo capaz de ser completamente sabido, razão pela qual fala-se na não mais possibilidade de manutenção da “inocência” do saber global. [...] A condição moderna seria uma condição de “iminência à catástrofe”: iminência que pode ser *controlada*, mas não evitada de maneira segura. (CHAMON JÚNIOR, 2005, p. 127). (Grifos do autor).

Segundo o autor, o outro lado da forma do risco é o perigo, já que não há futuro totalmente seguro. No primeiro, há possibilidade de decisão, ainda que esta seja avaliada de forma mais ou menos acertada; o segundo não é possível controlar, ao perigo se é tão meramente exibido, embora possa ser diminuído por intermédio do conhecimento.

Compreende-se o perigo e o risco como uma relação simbiótica, em que o primeiro é providência externa, talvez até natural, mais ou menos previsível, mas está sempre associado ao risco (AMARAL, 2005), este derivado das decisões humanas.

Envolve a superação da razão técnico-instrumental, até então predominante, para a ciência de que, sim, toda decisão é arriscada, porém “o futuro se torna mais acessível não em uma medida de previsibilidade, mas enquanto local do possível, o que permite um deslocamento das suposições do campo do perigo para o campo do risco” (CHAMON JÚNIOR, 2005, p. 130).

Isso permite possibilidades de como agir, mais úteis e melhores do que simplesmente não fazê-lo, já que o dano que se apresenta no futuro poderia ter sido evitado conforme as decisões tomadas no passado, ou, no caso, as que podem se orientar no presente.

Cria-se uma sociedade insegura, com medo do risco que “a todos aflige, aumentando a aflição dos aflitos: a ela nada escapa, o indivíduo, a família, o direito, o Estado”. (BRAGA, 2005, p. 162). O desespero diante das ameaças invisíveis, e não extermináveis, propicia a

¹⁰ O autor constrói sua análise, voltada para a imputação objetiva, na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, mormente as consideradas contribuições para a percepção de sociedade moderna, mas que podem ser compatibilizadas com a teoria do risco de Ulrich Beck.

busca por medidas ora necessárias ora extremas, mas sempre imediatas (BAUMAN, 2007), estas últimas refletidas mesmo em movimentos de desqualificação do outro, que passa a ser visto como inimigo.

Fato é que o aparecimento desses novos riscos implicou no processo de ampliação razoável dos interesses do direito penal, ao que Silva Sánchez (2002) intitulou como expansão do direito penal:

Por um lado, cabe considerar a conformação ou *generalização de novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência -, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; [...] Por outro lado, deve aludir-se a deterioração de *realidades tradicionalmente abundantes* que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresse; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o *incremento essencial de valor* que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. (SÁNCHEZ, 2002, p. 27). (Grifos do autor).

E não poderia ser diferente, pois o direito penal é diametralmente influenciado pelos fatores sociais ao mesmo tempo em que incide na sociedade.

Não obstante, Sánchez (2002) acredita que a eclosão desses novos bens não é suficiente a justificar a demanda expandida de punição penal, já que outros instrumentos, jurídicos ou não, poderiam ser chamados, como o direito civil, o direito administrativo e a ética. Na verdade, para o autor, a reivindicação penal ocorre diante da insuficiência ou descrédito de todos esses outros mecanismos.

Como resultado desse quadro, a população clama pelo direito penal, visto como remédio para os problemas sociais, dilatando absurdamente a *ultima ratio*, que não funciona:

[...] na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso, mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que o desnaturalizem por completo. (SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

Francisco Assis Toledo (2011) adverte sobre o comum erro, da sociedade e de seus representantes (exemplo do próprio legislador), de creditar a solução do fenômeno do crime ao direito penal. O efeito disso é o aumento vertiginoso de leis penais, cada vez mais implacáveis, mas que tomam o direito penal como panacéia, contrariando a sua efetividade.

O autor explica que a mera edição de leis, apartada da complexidade de causas do delito, não o combate e acaba resultando em “importante fator criminógeno, ou como intolerável meio de opressão”. (TOLEDO, 2011, p.5).

Trata-se do chamado direito penal simbólico, que nada mais é do que um engano, uma falsa solução imediata para a sociedade do risco e do medo. É uma resposta apaziguadora e política, aparentemente efetiva, pois não consegue proteger os bens jurídicos concretamente (HASSEMER, 1995).

Isso não significa que a tentativa de solução das querelas existentes deva findar-se nos outros ramos jurídicos, o civil e o administrativo, eis que o direito penal detém função diferenciada na sua força conformadora (DIAS, 2003, p. 49).

Novamente, desponta-se a indagação sobre a legitimidade do direito penal, dessa vez revestida na tarefa de “contenção de fenômenos globais e de massa” (DIAS, 2001, p. 48), mais naturalmente destinados ao direito civil e administrativo.

Figueiredo Dias sugere mudanças generalizadas (ética, política, razão) e participações de todas as áreas “porque em causa está a própria subsistência da vida no planeta e é preciso, se quisermos oferecer uma chance razoável às gerações vindouras, que a humanidade se torne em sujeito comum da responsabilidade pela vida”. (DIAS, 2011, p. 46).

Na verdade, inevitável o reconhecimento da parcela de responsabilidade penal, legítima, na tarefa de proteção desses novos bens jurídicos, desde que naquelas atuações que se pode e se deve esperar do direito penal.

Figueiredo Dias ensina que o cerne da intervenção penal é:

[...] oferecer o seu contributo para que os riscos globais se mantenham dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis e, em definitivo, não ponham em causa os fundamentos naturais da vida. O que está em causa é (e é só!) a proteção – fragmentária, lacunosa e subsidiária – de bens jurídico-penais colectivos (sic) como tais. Tudo o que vá para além disto ultrapassa o fundamento legitimador da intervenção penal nesse domínio. (DIAS, 2003, p. 50).

Logo, não se pode esquecer que o aporte fornecido pelo direito penal é limitado, mas não dispensável, o que só ocorreria diante de uma completa transformação da lógica do mercado a que todos foram sujeitados. Aliás, o alcance dessa utopia de autorregulamentação desoneraria todo o Direito (DIAS, 2001).

3.1 Evolução dos bens jurídicos-penais

O direito penal é concebido, de forma indubitável, para a proteção de algo em nossa sociedade. Do contrário, esvaziar-se-ia por completo a necessidade de sua existência (legítima), tão refutada¹¹. A definição dessa tarefa apresenta copiosos contornos na busca da adequada orientação para aplicação da lei penal.

Atualmente, tem-se como missão primordial do direito penal a proteção de bens jurídicos, cujo conceito percorre trajetória histórica de evolução que, apesar de não uníssono, se faz importante no desenvolvimento da delimitação da lei penal em branco.

A primeira teoria é marcada a partir do movimento intelectual do século XVIII, o Iluminismo, que construiu uma nova ordem jurídica e reconheceu no homem a razão da existência do Estado, quiçá, do mundo.

Ao indivíduo, outrora com um papel secundário e vítima das barbáries penais, defere-se a condição de detentor de direitos naturais e subjetivos, sobretudo com a revolução penal operada na obra “Dos delitos e das penas”, do marquês de Beccaria (1997).

O homem passa a ser dotado de inviolabilidade moral, inclusive contra o Estado, e o direito penal da missão de proteger os direitos subjetivos, ou seja, o delito consiste na violação do direito do outro, como vida, liberdade, honra e patrimônio.

Essa concepção é formulada teoricamente por Paul Anselm Johann von Feuerbach (AMARAL, 2005), que reconhece os bens tuteláveis pelo direito penal nos direitos inatos, titularizados por qualquer pessoa, fruto do ideal de contrato social.

Observa-se que esses direitos foram objeto de preocupação e, então, inseridos nos Códigos Penais, como o brasileiro, que inicia tratando dos crimes contra a pessoa, atribuindo ao ser humano posição destacada no ordenamento jurídico (BRASIL, 1940).

Nesse momento, quase não há necessidade da utilização de recursos de remissão e integração, principalmente os extrapenais, pelas características dos direitos individuais. Basta a lei penal na definição completa do conteúdo proibido.

Ocorre que essa compreensão tornou-se equivocada. Primeiro, porque o direito subjetivo à vida, por exemplo, mantém-se intacto, não obstante a prática do crime que corresponde a sua proteção; e segundo, porque não explica a salvaguarda de bens jurídicos inconfundíveis com os direitos subjetivos, mormente a fé pública e a paz pública (MENDONÇA, 2016).

¹¹ As teorias deslegitimadoras pregam a abolição do direito penal, imediata ou mediata, considerando as falhas do sistema, que possui mais pontos desfavoráveis, a título de seletividade, estigmatização e ineficiência. Sobre o assunto, indica-se a obra “Funções do direito penal – legitimação versus deslegitimação do sistema penal”, de Paulo Queiroz.

O conceito que sobreveio apenas substituiu o direito subjetivo do homem pelo direito subjetivo público do Estado de ter suas normas respeitadas, e parte de uma perspectiva legitimadora: a norma é elaborada por representantes do povo, portanto, expressão da vontade da maioria.

No entanto, segundo reportado por Tarcísio Mendonça (2016), essa corrente desconsidera que o legislativo também precisa ser limitado, pois nem toda conduta merece ser tipificada.

Por isso, a crítica à lei penal em branco, em Binding, ignora o postulado da reserva legal, focando tão-somente na anterioridade. Afinal, inquestionável qualquer delegação da lei penal enquanto vontade do povo, destinatário direto da norma.

Para Binding, que analisou a realidade alemã nazista, o bem jurídico é fundação do direito positivo vigente, ou seja, criação do legislador (do direito), caracterizador de uma visão formal, positivista-legalista.

Essa interpretação formalista desaguou em proposições deturpadas do bem jurídico, ora como “violação de um dever”, “desvalor da atitude interior”, “traição de uma relação de fidelidade do Estado”, “valor cultural abstrato” e “sentimento ético do povo” (MARCHI JÚNIOR, 2012, p. 104-105).

A ideia restritiva quanto ao objeto de tutela penal tem sua fonte inspiradora em John Stuart Mill, que aponta a existência de um dano como pressuposto da lei penal, sem o qual a interferência na esfera individual seria ilegítima (MEDONÇA, 2016).

Os avanços alcançados com a integração do comércio internacional e a ampliação dos mercados, próprios da já discutida modernidade, modificaram a sociedade de forma sensível, pois também permitiram a vulnerabilidade econômica dos continentes.

Na verdade, a partir do investimento bélico na primeira grande guerra, dos interesses das grandes empresas e a falta de controle generalizada, a crise de cunho econômico instalada na Europa repercutiu na criminalidade contra os interesses financeiros da sociedade, gerando uma nova ideia de objeto do delito, que passa a contar com elementos de organização e transnacionalidade (SÁNCHEZ, 2002).

O Estado não conseguia mais controlar a criminalidade por meio de políticas efetivas de bem-estar das pessoas, focando suas ações na atividade formal de criação de leis penais, mais flexíveis e variáveis, com a facilitação na mudança do conteúdo proibitivo, caso das técnicas de remissão (explícita ou implícita).

E essa orientação também resultou, como forma de frear (ou assim diligenciar) o excesso de tipos penais, na identificação do bem jurídico como objeto de tutela penal.

Baseado no estudo do alemão Johann Michael Franz Birnbaun, sobre a tutela da honra, ao postular que o direito penal deveria proteger somente bens corpóreos ou materiais (AMARAL, 2005), origina-se o conceito de violação a um direito objetivo, que permite a abordagem de bens jurídicos supraindividuais.

Essa dimensão sofre aprofundamentos e reformulações, de ordem sociológica e constitucional, inexistindo consenso quanto à delimitação do bem jurídico-penal.

Franz Von Liszt desenvolveu seu conceito com base sociológica, em que o bem jurídico encontra sua origem na transcendência ao direito, visto como um interesse da vida humana, uma vez juridicamente protegido (AMARAL, 2005).

Há interesses vitais, do indivíduo e sociedade, preexistentes ao direito, que ao decidir protegê-los, transformam-nos em bens jurídicos, limitando o legislador penal. Porém, a crítica consiste exatamente nessa decisão, ainda do direito, de quais circunstâncias sociais concretas são merecedoras de proteção (AMARAL, 2005).

Winfried Hassemer vislumbrou comportamentos intoleráveis em todo tipo de sociedade, cuja opção pela gravidade repressiva (penal) depende da avaliação social acerca dos objetos lesionados ou colocados em perigo (HASSEMER, 1984).

Hans Welzel criou o conceito de bem jurídico, que é visto como um bem vital humano, dotado de importante função social e, com efeito, protegido pelo direito contra ataques e lesões. (TOLEDO, 2011).

Entendidas insuficientes aos novos temas e preocupações da sociedade, as teorias constitucionais adicionaram a relevância da Constituição como critério de escolha obrigatória dos bens jurídicos penais (MARCHI JÚNIOR, 2012).

O legislador fica vinculado às prescrições, explícitas ou implícitas, emanadas da Constituição no poder de enumeração dos bens jurídicos para a criação das leis penais, inclusive na seleção da intensidade concreta de tutela de cada bem.

Em Roxin, os bens jurídico-penais são frutos das disposições fundamentais previstas na Constituição e reconhecidos para a “existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos” (ROXIN, 2009, p. 16-17).

Partindo dessa perspectiva, Cláudio do Prado Amaral esclarece que “o bem, antes de ser jurídico, é um bem da vida humana individual e social” (AMARAL, 2005, p. 71), sendo o bem jurídico algo que tenha valor e seja capaz de satisfazer as necessidades humanas de crescimento e aprimoramento, sempre constitucionalmente ancorado.

O direito penal salvaguarda os bens jurídicos em que as ameaças ou respectivas lesões são consideradas insuportáveis ao homem, isto é, nem todo bem jurídico é bem jurídico-penal. Ou seja, somente parte dos bens jurídicos será objeto de tutela penal, e isso em razão de circunstâncias e de ataques delimitados.

A orientação tem como base o princípio constitucional penal da intervenção mínima ou da *ultima ratio* (a última medida punitiva), justificando a intervenção do direito penal na estrita necessidade, reservado para os casos mais relevantes.

Destacam-se os seguintes caracteres: a subsidiariedade, ou seja, onde a proteção dos outros ramos do direito estiver ausente, for falha ou insuficiente, pode e deve o legislador utilizar as sanções penais, como *ultima ratio*; e a fragmentariedade, de modo que, o direito penal deve sancionar apenas condutas mais graves praticadas contra aquela parcela de bens considerados mais importantes para a sociedade.

Com a expansão do direito penal, ao lado dos bens jurídico-penais individuais clássicos, desenvolveram-se bens jurídico-penais metaindividuais (sociais, coletivos, transindividuais, transpessoais). (DIAS, 2001, p. 175). Esse perfil:

[...] anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela ideia anuncia o fim desta sociedade e a substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles *globais* ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente *distanciados* da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*. (DIAS, 2001, p. 158). (Grifos do autor).

Luiz Régis Prado (2012) descreve as características desses dois bens com esboço na titularidade e no raio de cobertura protetivo.

Isso porque o bem individual tem no indivíduo, particularmente considerado, o seu proprietário. É caracteristicamente pessoal, posto cada um ser o gerenciador desse bem, como melhor lhe parecer ou seguindo sua vontade. Por outro lado, os bens transindividuais são ligados à coletividade, ou seja, o titular é uma massa difusa, que ultrapassa o caráter individual. Alcançam uma dimensão extensiva, para além do particular, envolvendo a tutela de um todo social, composto de várias pessoas (PRADO, 2012).

O bem jurídico individual não prevalece sobre o metaindividual, e vice-versa, pois inexiste predomínio em um Estado Democrático de Direito, em que há necessidade de proteção de bens jurídicos, seja no campo individual ou comunitário.

Jorge de Figueiredo Dias, no entanto, pondera:

O carácter supra-individual do bem jurídico não exclui decerto a existência de interesses individuais que com ele convergem: se todos os membros da comunidade se vêem prejudicados por condutas potencialmente destruidoras da vida, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. (DIAS, 2003, p. 52).

Para o professor português, o bem jurídico supra-individual é caracterizado pela fruição por todos, de modo coletivo e individual, sem que haja exclusão. E, portanto, a importância desses bens “provirá precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, se bem que não individualizáveis em concreto”. (DIAS, 2003, p. 53).

A par da inquestionada autonomia, Luiz Régis Prado (2012, p. 112) aborda essa convergência de interesses sob a ótica da complementaridade, tendo os bens universais uma referência individual, mais ou menos marcante. Ou o ambiente não se relaciona com a qualidade de vida de cada um, ainda que indiretamente?

Arremata seu pensamento embasado na própria forma de escolha dos bens jurídicos, isto é, aqueles valores em que a ofensa configure infringência aos bens dotados de significação vital para o indivíduo e a sociedade.

Tarcísio Mendonça menciona as características mais evidentes nos bens jurídicos metaindividuais: “a) são significativamente normatizados; recorrem a conhecimentos técnicos específicos; c) apresentam uma normatização extrapenal instável no tempo.” (MENDONÇA, 2016, p. 169). Ademais:

Os bens jurídicos metaindividuais guardam uma certa transcendência em relação ao empírico. Por isso, são chamados de bens jurídicos espiritualizados. Essas características comprometem a avaliação da lesividade em abstrato e em concreto da conduta proibida. Por isso, tipos penais que tratam de tutelar bens jurídicos espiritualizados tendem a ser de perigo, notadamente abstrato. (MENDONÇA, 2016, p. 168).

Ocorre que os tipos que tutelam esses bens jurídicos metaindividuais, voláteis e técnicos, mantém também uma predileção pela técnica da lei penal em branco, do mesmo

modo que passam a oferecer séria ameaça às garantias constitucionais conquistadas ao longo da história, relativizadas frente ao perigo ainda maior da violação desses bens.

Por isso, para Jesús-Maria Silva Sánchez (2002), atribuir ao direito penal a missão exclusiva de tutelar bens jurídicos permite uma revisão constante e perigosa do seu repertório de atuação, assinalando aqui sua postura destoante da doutrina majoritária.

A consequência penal é utilização exagerada de leis penais em branco e de elementos normativos, a exasperação dos crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão), já que se esperam mais posturas assertivas das pessoas na tentativa de controle dos riscos, bem como da substituição dos tipos de lesão por tipo de perigo abstrato (presumido), pois, diferente dos contatos predominantemente individuais, há redução ou imprecisão dos resultados lesivos.

E o direito penal assume uma figura de garante de segurança em uma sociedade de vítimas assombradas, não como garantidor precípua contra o arbítrio estatal, ente que se vê pressionado pela opinião pública (SÁNCHEZ, 2002).

Surgem, então, perguntas: “como queremos viver? O que há de humano no ser humano, de natural na natureza, que é preciso proteger?” (BECK, 2010, p. 34), as quais se transmudam para o direito penal na escolha desses novos bens jurídicos penais, dignos de tutela, responsáveis pela orientação de conteúdo na elaboração do tipo.

3.2 A construção de uma dogmática penal do risco?

É a própria sociedade que cria o direito penal, o qual regerá suas relações, ao que se faz necessário, para entender suas bases em determinada comunidade, recorrer ao estudo desse grupo social em si, sua organização, divisão, produção, valores etc..

Assim como se progride de vingança privada, no período primitivo, para a pública, a cargo do Estado, e ao período de humanização das penas, já no século XVIII; também floresce do iluminismo, de um direito penal voltado à pessoa e suas posses, e então limitado ao exame de casos concretos, relativo ao homicídio e crimes patrimoniais, à globalização, com um direito penal centrado, inicialmente, na criminalidade econômica ou organizada, e dilatado para outros campos.

Há, por conseguinte, uma evolução da legislação penal, como continuidade dos acontecimentos ao longo da história. Verifica-se que o próprio Código Penal reúne uma variedade de condutas delitivas em sua parte especial, desde os crimes contra a pessoa até a criminalidade em detrimento do Estado (BRASIL, 1940).

Outras figuras delituosas erigidas pela contemporaneidade, concernentes aos bens jurídicos transindividuais, contudo, foram tipificadas e disciplinadas em legislações especiais ou extravagantes, como a credibilidade do mercado financeiro, na Lei n. 7.492/86; a relação de consumo, tributação e livre concorrência, na Lei n. 8.137/90; o meio ambiente na Lei n. 9.605/98; a saúde pública, na Lei n. 11.343/06 e o patrimônio genético, na Lei n. 11.105/05.

São bens jurídicos que geram problemas conectados à regulação administrativa, pois envolvem matérias que requerem estudo técnico e prévio, além de decisões políticas da prática da Administração.

Para ordenação das atividades nesses setores específicos, a Administração vale-se de normas fluidas, como portarias e resoluções, e com níveis de indeterminação que permitam a discricionariedade nas decisões, baseadas em “variáveis técnicas, temporais, locais e quantitativas” (COSTA, 2009, p. 190).

Sánchez atribui diferença qualitativa na finalidade do direito administrativo de condução dos seus respectivos ilícitos:

[...] o Direito Administrativo sancionador é o reforço da ordinária gestão da administração. Assim, também cabe afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais.

[...] tampouco parece haver óbices a aceitação de que o Direito Administrativo sancionador não se oriente por critérios de legalidade na persecução dos ilícitos, senão por puros *critérios de oportunidade*. O que é necessário, mais que tudo, é que o gênero de condutas represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão ou, se se preferir, em termos menos tecnocráticos, para a boa ordem do setor de atividade determinado. (SÁNCHEZ, 2002, p. 117). (Grifos do autor).

A intervenção administrativa parte de uma análise da cumulação ou repetição de condutas, frequentemente diluídas no tempo, e isso fundada numa valoração global, macrossocial ou macroeconômica (SÁNCHEZ, 2002).

O direito penal, com tradição liberal de bens e lesividade concreta, individualmente delimitados, ao gerir esses novos ou aprimorados riscos, dotados de volatilidade, necessita utilizar de conceitos, normas e atos provenientes do direito administrativo, tornando-se administrativizado.

Essa dependência¹² administrativa para a construção dos tipos penais, isto é, para a delimitação da conduta proibida, suscita questões nevrálgicas no campo da dogmática jurídico-penal, tal como nas leis penais em branco heterogêneas.

Segundo Figueiredo Dias (2001), o direito penal não está satisfatoriamente preparado para a tutela desses novos riscos, seja pelo seu modo fechado e atrasado de produção legislativa ou por seus princípios político-criminais nitidamente contratualistas.

Para Pierpaolo Cruz Bottini “as recentes alterações na legislação penal exigem um esforço da dogmática, ou no sentido de adaptar e modelar seus fundamentos de acordo com essa realidade, ou no sentido de rechaçar o novo papel que se quer conferir ao direito penal” (BOTTINI, 2013, p. 74).

Dessa deficiência do direito penal surgem diferentes propostas metodológicas na tentativa de enfrentar adequadamente os desafios trazidos com a modernidade, ora extremistas ou intermediárias.

Uma base teórica mais tradicional é a formada pelos adeptos da Escola de Frankfurt, assim chamados os juristas que, dentre outros temas, recusam o expansionismo do direito penal (BOTTINI, 2013).

Os expoentes desse modelo defendem a atuação mínima do direito penal, restrita ao âmbito clássico dos direitos individuais, decorrentes do Iluminismo, como a vida, a liberdade e a propriedade.

Acreditam que o direito penal é incapaz de gerenciar esses novos riscos, por conseguinte, inexistindo espaço para essa tutela ampliada, mais adequada a outras searas, como o direito administrativo (sancionador), sem dispensar o incremento de outros meios de controle não jurídicos.

As medidas administrativas são suficientes ao trato da matéria, eis que apresentam respostas proporcionais ao caráter preventivo dos riscos, sem desnaturar seus princípios estruturais, como ocorre no direito penal.

Winfried Hassemer (1984), catedrático de direito penal na Universidade Johan Wolfgang Goethe de Frankfurt, segue esse caminho ao apontar um novo direito, entre o penal e o administrativo, denominado direito de intervenção, para lidar com os problemas atuais.

Para Hassemer, o direito penal de *ultima ratio*, apresenta função meramente simbólica quando reivindicado a atuar nos fenômenos exigente de uma seguridade geral

¹² Helena Lobo da Costa (2009) rechaça a terminologia acessoriedade administrativa, pois entende que o direito penal, nesses casos, apenas se socorre do direito administrativo, a título de auxílio e assessoriedade, o que não implica dependência, continuando autônomo.

(BOTTINI, 2013), o que, além de não resolver e salvaguardar os bens, compromete a confiança social em todo o sistema.

Figueiredo Dias critica essa postura de não suplantar o que chama de razão técnico-instrumental calculadora, por suprimir do direito penal qualquer participação no futuro das gerações da humanidade, sendo que há casos graves de comportamento que demandam punições criminais (DIAS, 2001).

E Bottini (2013) desperta a atenção para a necessidade de, ainda que no direito administrativo sancionador ou de intervenção, fixar parâmetros e limites claros, a fim de evitar arbitrariedades na finalidade de contenção dos riscos.

Dando destaque a sua própria proposta, Sánchez vislumbra que a resistência à modernização, na proposição de Hassemer, pode gerar brecha para um direito penal de classes, “no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal” (SÁNCHEZ, 2002, p. 143).

Com isso, o autor sinaliza um direito penal de duas velocidades: o clássico e rígido, que observa os princípios constitucionais penais na aplicação da pena privativa de liberdade, restritos aos bens jurídicos individuais; e o flexibilizado, com princípios amortecidos para penas diversas e menos rigorosas (restritivas de direitos, pecuniárias e reparação civil), amparando os tipos contemporâneos. (SÁNCHEZ, 2002).

Salienta-se, no entanto, igual crítica ao projeto de Sánchez, vez que, tal como no direito de intervenção, o direito penal de segunda velocidade mantém as classes dominantes, geralmente precursoras de delitos econômicos, por exemplo, afastadas da pena privativa de liberdade, direcionada aos excluídos da sociedade (RIBEIRO; COSTA, 2016).

A esse respeito, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Marina Lage Costa ponderam que essa seletividade precede às teorias formuladas, ou seja, tem cunho social e requer respostas de políticas públicas:

[...] a (triste) constatação de a massa de encarcerados corresponder, na sua esmagadora maioria, aos mais vulneráveis socialmente e empobrecidos, é uma realidade já existente. Todavia, não se imputa a seletividade do Direito Penal ao Direito de Intervenção (ou mesmo Direito penal de duas velocidades), haja vista ser uma tese não implementada na prática, que não inaugurou esta realidade já manifesta na estrutura capitalista (RIBEIRO; COSTA, 2016, p. 84).

Outra vertente, diametralmente contrária, propõe um verdadeiro direito penal do risco, com relativização da dogmática legislativa penal em troca de sua funcionalização extrema (DIAS, 2001).

Por consequência, é válida a mitigação dos princípios constitucionais estruturantes, como o federalista, o republicano e a separação de poderes, e dos constitucionais penais, da intervenção mínima, legalidade e lesividade, em prol do combate à criminalidade que se apresenta.

Essa linha extremista, contudo, desconsidera os avanços históricos na luta contra o poder arbitrário, e pode representar um retorno repressivo da pena privativa de liberdade, na contramão do explicitado constitucionalismo moderno. E “deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade [...] de pura política estadual” (DIAS, 2001, p. 169).

Diante disso, Figueiredo Dias (2001), alerta para a prescindibilidade de uma nova dogmática jurídico-penal: o direito penal, antes, tem que evoluir, superando os paradigmas atuais e enraizados com o amoldamento aos indicadores modernos.

As considerações do autor serão irradiadas no decorrer do trabalho, justamente nessa esteira de encontrar pontos de harmonização entre o direito penal e o direito ambiental na construção das respectivas normas criminais, com o destaque ao recurso dos elementos em branco.

4 MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: IMPORTÂNCIA E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO

Nos primórdios, a humanidade mantinha uma relação simétrica com a natureza, de uma visão mística ou divina, extraindo recursos do meio para suas necessidades básicas (que eram poucas), por meio de técnica arcaica, sem impactos significativos.

A evolução no que tange ao progresso das ciências e do uso da técnica moderna, favorecedora do crescimento econômico, bem como a substituição do trato reverencial por outro de dominação de tudo que cercava o homem, não esteve acompanhada da noção de esgotabilidade e ônus ambiental.

A constatação de problemas graves para a saúde, o bem estar e a própria sobrevivência humana, como as poluições hídricas e atmosféricas, a escassez de recursos energéticos, o aumento da temperatura terrestre, dos resíduos e da desertificação do solo, as mudanças climáticas e a ameaça à biodiversidade, iniciam um despertar para a atenção ao contato homem-natureza.

Mas a preocupação ambiental ganhou formatação jurídica relativamente recente, já no século XX, juntamente com as mudanças proporcionadas pela modernidade, os avanços industriais e tecnológicos, e desastres e tragédias ambientais ocorridas no mundo, repercutindo em gerações futuras (COSTA, 2010).

No Japão, o lançamento de dejetos contendo mercúrio na baía de Minamata, desde a década de 1930, resultou na verificação, vinte anos depois, da contaminação da água e mortandade da fauna aquática e dos próprios moradores, além de sequelas cerebrais, ao que ficou conhecida como “doença de Minamata”. Em 1959, pescadores exigiam providências do governo japonês e do mundo.

A corrida bélica para a Segunda Guerra Mundial também resultou no investimento e armazenamento de energia nuclear pelos países, potencialmente destrutiva.

As explosões deliberadas nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, em 1945, mataram mais de 200 mil japoneses. Dentro do raio de um quilômetro do centro da explosão, quase todos os animais e plantas morreram afetados pelas ondas de choque e calor; e a radiação aumentou a ocorrência de leucemia.

O vazamento químico de 1976, decorrente de uma explosão em uma fábrica em Seveso, na Itália, provocou a liberação no ar de dioxina – substância usada na arma química agente laranja. Famílias tiveram a saúde afetada com dor de cabeça, tosse, diarreia e lesões na pele. Além disso, animais morreram ou tiveram de ser abatidos.

Quase uma década depois, no Brasil, a poluição do ar causada pelas indústrias do pólo petroquímico paulista, em Cubatão, alimentou uma névoa de gases tóxicos que afetou o sistema respiratório e gerou bebês anencefálicos. A sujeira também contaminou a água e o solo da região, trazendo chuvas ácidas e deslizamentos na serra do Mar.

Mais um caso de vazamento químico, dessa vez na Índia, em que uma fábrica de pesticidas liberou acidentalmente toneladas de gás tóxico, no ano de 1984. Foram registradas 20 mil mortes, além de doenças crônicas de muitos sobreviventes, permanecendo o risco atual de envenenamento pelo lixo deixado no local. (GREENPEACE, *online*).

Chernobyl, na Ucrânia, foi tomada por uma nuvem radioativa, originada de uma explosão provocada durante testes nucleares. A radiação emitida em 1986 foi trinta vezes maior que a das bombas de Hiroshima e Nagasaki, na Segunda Guerra Mundial. O acidente resultou no remanejamento de pessoas, a maioria delas com doenças graves desenvolvidas após a exposição; a contaminação de lavouras e a subsequente impropriedade para o consumo; pinheiros avermelhados, deformados pela radiação, e bilhões gastos para restaurar a região. (THOMÉ, 2014).

O ano de 1989 foi marcado pela mortandade da fauna e flora nos Estados Unidos. O petroleiro Exxon Valdez encalhou e dispersou barris de petróleo na costa do estado do Alasca. A empresa foi multada em milhões, embora o valor tenha sido considerado baixo diante dos lucros da companhia.

No ano de 2010, as águas do Golfo do México foram contaminadas por milhões de barris de petróleo, afetando a vida marinha severamente. A explosão da plataforma de petróleo matou pessoas, deixou feridos e rompeu tubulações no fundo do oceano.

Em 2011, após a ocorrência de um terremoto, os reatores nucleares de Fukushima, no Japão, falharam e provocaram o vazamento de material nuclear, que minimamente resultarão relevantes impactos radiológicos para a saúde humana e não humana. Os danos ainda hoje são imensuráveis. (MENDONÇA, 2016).

Em 2015, uma barragem que continha lama contaminada do processo de mineração da Samarco, no interior de Minas Gerais, no Brasil, rompeu, matando 19 pessoas e contaminando a bacia do Rio Doce, que abastece municípios no estado e em Espírito Santo. Acredita-se que espécies do rio estão em risco, e algumas podem ter sido extintas. Segundo especialistas, é provável que o rio jamais se recupere e os resíduos levados até o mar demorem mais de cem anos para serem totalmente eliminados da natureza (IBAMA, *online*).

A identificação desses e de outros problemas fez com que diversos países, e instituições governamentais e não governamentais, iniciassem um movimento de

conscientização e preservação ambiental. Em 1972, inaugurou-se a agenda ecológica em âmbito internacional: a primeira Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia.

Como resultado, a Declaração sobre Ambiente Humano, ou Declaração de Estocolmo, estabeleceu princípios para questões ambientais internacionais, incluindo direitos humanos, gestão de recursos naturais, prevenção da poluição e relação entre ambiente e desenvolvimento, estendendo-se até a necessidade de se abolir as armas de destruição em massa.

No documento internacional, admite-se que “[...] o rápido progresso da Ciência e da Tecnologia, conquistou o poder de transformar de inúmeras maneiras e em escala sem precedentes o meio ambiente”. (ONU, 1972, *online*). E anuncia, dentre outros, o princípio comum da humanidade de preservação e melhoria do meio ambiente:

1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. (ONU, 1972, *online*).

Influenciada por essa visão protecionista, cita-se a criação no Estado brasileiro da Secretaria Especial do Meio Ambiente, em 1974, com uma política de orientação ambiental, seguida da edição do Decreto-Lei n. 1.413/75, que estabelecia o dever por parte dos estabelecimentos industriais de prevenir e corrigir a poluição, cujo desrespeito poderia implicar no cancelamento ou suspensão das atividades. (COSTA; REIS; OLIVEIRA, 2016).

Em 1987, a ONU apresenta o documento “Nosso Futuro Comum”, conhecido como Relatório Brundtland, quando há a primeira referência a expressão desenvolvimento sustentável, que trata a necessidade de satisfazer as necessidades presentes, sem o comprometimento da capacidade dos ecossistemas das gerações futuras.

Vinte anos depois da conferência de Estocolmo, o Brasil sediou uma nova reunião convocada pela Assembléia Geral das Nações Unidas. A ECO-92 reuniu líderes mundiais e entidades ambientais no Rio de Janeiro para ratificação das orientações proclamadas em Estocolmo e a busca por avanços.

Também foram confeccionados importantes documentos protetivos internacionais, nesses e em eventos posteriores¹³, em que o Estado brasileiro apresentou-se sempre na vanguarda das preocupações e políticas de proteção ambiental.

O legislador brasileiro editou dois instrumentos ambientais contundentes nos anos de 1980: a Lei n. 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, considerada um marco legal de objetivos, diretrizes e sistematização das políticas públicas para o meio ambiente, e a Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, que fortaleceu a defesa de direitos difusos e coletivos, entre os quais a do meio ambiente.

Todo esse cenário levou ao reconhecimento da importância do meio ambiente equilibrado e, por conseguinte, da sua constitucionalização. No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 incluiu a proteção ambiental em capítulo próprio – Título VIII, Capítulo VI, embora o tema seja também referenciado em outras partes do texto constitucional, com atuação amplificada nas esferas administrativa, cível e penal.

Antes da década de 1970 e, principalmente, do advento da atual constituição, as leis penais brasileiras eram esparsas e minimamente abrasivas no contexto ambiental. E, ainda assim, tal como nas demais searas, refletiam um cunho individualista e estritamente econômico, mais patrimonial do que protetivo.

Veja-se que a colonização do Brasil foi um grande achado em termos de exploração desenfreada de riquezas, como os recursos minerais que, aliás, abrangiam toda a América Latina. A extração indiscriminada de pau-brasil quase levou a sua extinção.

A realidade brasileira, de país explorado, impeliu a adoção de algumas medidas no século XVI, com a criminalização de condutas relativas ao corte de árvores, queimadas e caça (WAINER, 1999), e que foram mantidas na Monarquia, com a Constituição de 1824 e o

¹³ O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA foi criado após a Conferência de Estocolmo de 1972.

Ao final da Conferência das Nações Unidas sobre meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, ou ECO-92, elaboraram-se: Convenção sobre Diversidade Biológica; Convenção sobre Mudanças do Clima; Declaração de Princípios sobre o uso das Florestas; Declaração do Rio e Agenda 21.

Em 1997, países firmaram o Protocolo de Kyoto, um compromisso de redução das emissões dos gases que agravam o efeito estufa.

A Cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável, ocorrida em Johannesburgo no ano de 2002, teve por propósito o reforço do princípio do desenvolvimento sustentável e no cumprimento das metas estabelecidas nas conferências anteriores. Resultou na Declaração de Johannesburgo em Desenvolvimento Sustentável e Plano de Implementação.

Em 2012, a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, marcou os vinte anos da ECO-92 com a retomada e renovação dos assuntos.

Por fim, em 2015, ocorrem dois importantes eventos: a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, na cidade de Nova York, que definiu novas propostas sobre a temática e a Conferência do Clima em Paris.

Código Criminal de 1830. Mas a ideia era centrada na finalidade econômica, de manter os recursos para fins de exploração e lucro.

Posteriormente, a partir do regime republicano e subseqüentes Constituições, outras legislações foram elaboradas, ainda imbuídas dessa feição patrimonial. O Código Florestal (Decreto n. 23.793/34), o Código de Águas (Decreto n. 24.643/34), o Código de Pescas (Decreto-Lei n. 794/38), o Código Penal de 1940 e o Código de Caça (Decreto-Lei n. 5.894/43) – este último derogado, em 1967, pela Lei n. 5.197/67 (ou Lei de Proteção à Fauna, denominação mais próxima do zelo ao ambiente), todos trazendo transgressões criminais em seu bojo.

Fato é que quase não se clamava pela tutela penal ambiental, que passou a ser vindicada, como explicitado algures, diante da gravidade de ações ou omissões, isto é, das condutas humanas contemporâneas, e das tanto quanto complicadas consequências. E ninguém questiona a legitimidade da intervenção penal por atos relacionados a atividades nucleares, com poder global de aniquilamento (BRASIL, 1977). Indenizações cíveis e multas administrativas já não eram suficientes.

Essa hodierna conjuntura, inclusive no mandamento constitucional de responsabilização penal, expresso no §3º, do artigo 225 (BRASIL, 1988), levou a lume a Lei n. 9605/98, de crimes ambientais, que disciplinou as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e as correlatas sanções penais, que serão objeto específico de análise em capítulo oportuno.

4.1 Conceito de meio ambiente

A definição de meio ambiente assume contornos singulares na linguagem jurídica, a começar pelo seu vício de redundância, já que meio e ambiente compartilham idêntico sentido¹⁴, ao mesmo tempo em que apresentam caráter polissêmico, com diferenciadas acepções e fluidos elementos.

No que se refere à primeira dificuldade, a terminologia é usada de forma consagrada pela doutrina, tribunais e população, seja por conformação ao aduzido reforço ou mera

¹⁴ No dicionário Houaiss da língua portuguesa, a palavra ambiente é definida como “o que rodeia e constitui o meio em que se vive; recinto, espaço, em que se está ou vive”, e meio como o “centro de um espaço; meio ambiente”, entre outras acepções. (HOAISS, 2010, p. 41 e 513). No Glossário Jurídico, ambiente é “tudo aquilo que faz parte do meio em que um ser vivo existe”, e meio o “entorno/meio ambiente; externo” (FULGÊNCIO, 2007, p. 44 e 411).

repetição, com ou sem o reporte crítico, o qual, para efeitos de proteção, mostra-se indiferente aos trabalhos jurídicos.

Importa delongar sobre o segundo. A Lei n. 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), influenciada pelo amadurecimento sobre a temática no fim da década de 1970¹⁵, já previa o conceito de meio ambiente como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Embora constitucionalmente recepcionada, a definição é restrita ao ambiente natural, físico e biótico, portanto, considerada tímida quanto às carências e imposições da sociedade contemporânea. Ademais, a partir da Constituição de 1988, faz-se necessário interpretar esse conceito com a abrangência de outros aspectos constitucionalmente protegidos, de ordem social, econômica e cultural, partes de um todo.

Tanto que a resolução do CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) n. 306/02 acrescentou ao conceito de meio ambiente as condições, leis, influências e interações de ordem social, cultural e urbanística (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, as formulações doutrinárias são abrangentes. Édis Milaré, por exemplo, trata o ambiente como “espaço geográfico ou social, físico ou psicológico, natural ou artificial”, ou seja, não se resume ao “espaço circunscrito, é realidade complexa e marcada por múltiplas variáveis” (MILARÉ, 2015, p. 138).

Para Beatriz de Sousa Costa, meio ambiente pode ser traduzido como “o conjunto de elementos naturais e artificiais partilhados com os seres humanos e não humanos, necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária”. (COSTA, 2013, p. 55).

A compreensão didática do meio ambiente, citada por José Afonso da Silva em natural (solo, ar, água, fauna e flora); artificial (construído pelo homem) e cultural (construção do homem, porém agregada de identidade) (SILVA, 2013); abrangida ainda pelo trabalho (salubridade e segurança do local de trabalho), elemento autônomo em relação ao artificial (FIORILLO, 2013), facilita a percepção das atividades degradadoras desses elementos. Mais que isso: evidencia a função de cada uma dessas divisões para o equilíbrio do meio ambiente como um todo.

¹⁵ Em 1972, ocorre a primeira Conferência Internacional das Nações Unidas sobre o ambiente humano, cujo principal mote de discussão, entre países ricos e pobres, foi o desenvolvimento econômico, com a criação de princípios ambientais.

Complementando o entendimento sobre cada uma das espécies, têm-se as seguintes contribuições:

Luís Paulo Sirvinskias lista como parte integrante do meio ambiente natural “a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna, a flora, a biodiversidade, o patrimônio genético e a zona costeira” (SIRVINSKAS, 2012, p. 127). Trata-se não somente da existência e das propriedades naturais de cada um desses componentes, que independem da interferência humana, mas da interação mútua com todos os outros.

Diferente do natural, o meio ambiente artificial ou urbano surge da ingerência transformadora do homem, seja no ambiente natural ou artificial. Portanto, “todo o espaço construído, bem como todos os espaços habitáveis pelo ser humano compõem o meio ambiente artificial”. (FIORILLO, 2013, p. 588).

Enquanto José Afonso da Silva (2013) concebe o meio ambiente do trabalho como subespécie do artificial, posto configurar uma modificação humana do ambiente natural, Fiorillo (2013, p. 65) o traduz como categoria diversa e “local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio ambiente e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores”.

O texto constitucional traz o ambiente cultural nos artigos 216 e 216-A como o conjunto de bens materiais e imateriais, refletidos no patrimônio histórico, artístico, paisagístico, ecológico, científico e turístico. É possível mencionar tanto os objetos, documentos e lugares, como as músicas, línguas, produções acadêmicas e os costumes (BRASIL, 1988). Para Édis Milaré:

A visão holística do meio ambiente leva-nos à consideração de seu caráter social, uma vez definido constitucionalmente como bem de uso comum do povo, caráter ao mesmo tempo histórico porquanto o meio ambiente resulta das relações do ser humano com o mundo natural no decorrer do tempo.[...] Por isso as modernas políticas ambientais consideram relevante ocupar-se do patrimônio cultural, expresso em realizações significativas que caracterizam, de maneira particular, os assentamentos e as paisagens do seu entorno. (MILARÉ, 2015, p. 568).

A par dessas subdivisões, o mais importante é conseguir visualizar a indivisibilidade do meio ambiente, que envolve todos esses elementos de forma multifacetada, e que rege e proporciona vidas saudáveis.

Todas as espécies, humanas ou não, formam um todo sinérgico, compondo peças de uma unidade funcional, relacionadas a um orquestramento perfeito e essencial da evolução orgânica, constituindo a “teia da vida” (CAPRA, 1996).

Nesse passo, aventam-se duas principais correntes no tocante ao relacionamento homem e natureza, ora tomando um ou outro como eixo gravitacional na caracterização da tutela: a teoria antropocêntrica, que tem a proteção ambiental centrada no homem, por intermédio dos bens jurídicos antropocêntricos, individuais ou supraindividuais – que, para Luiz Régis Prado (2012), impediria o reconhecimento do ambiente como bem jurídico-penal; e a teoria ecocêntrica, que compreende o ambiente como um “fim em si mesmo”, apartado das necessidades humanas e defendido até contra elas.

Cita-se, ainda, a teoria biocêntrica, que seria uma junção dos dois posicionamentos extremados (ou radicais), em que o homem e o ambiente dividiriam o centro do universo (SIRVINSKAS, 2011).

Antônio Benjamin Herman (2005) sustenta que, ao endossar a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, bem como a proteção da fauna e da flora, vedando a prática de comportamentos que “coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”, a Constituição de 1988 (artigo 225, §1º, incisos I e VII), contemplou a sobrevivência planetária. E assim também transcenderia a concepção de “todos” (artigo 225, *caput*), termo tradicionalmente vinculado apenas ao homem.

De fato, há paulatina redução dos discursos que sustentam o agasalho primário do sentimento ou saúde humana (FIORILLO, 2014) na coibição de maus tratos aos animais, em prol da perspectiva de direitos dos próprios animais – à vida, integridade física, saúde e liberdade, precedente do Supremo Tribunal Federal (ADI 1856/RJ).

Nesse sentido, a antiquada e dicotômica discussão entre antropocentrismo, que tem no homem a medida e o fim da proteção, e o ecocentrismo, que olvida o desenvolvimento econômico em prol de uma proteção integral da natureza, cede espaço para uma visão solidária e universal da preservação do bem ambiental (BARRETO; MACHADO, 2016).

Para alguns, nada mais é do que um antropocentrismo moderado, alargado ou protecionista, em que o ambiente passa a ser concebido com certo valor intrínseco, distante daquela visão restritamente econômica ou de completa subordinação aos interesses humanos.

Boaventura de Sousa Santos, embora em pesquisa mais ampla que a do presente estudo, afirma que um novo paradigma, ainda em construção, é um vislumbre de sinais do

paradigma em rompimento com perspectivas diferentes baseadas nas mentes de quem o descrevem (SANTOS, 2010).

Para o autor, o paradigma das ciências, até então dominante, mas em crise, não é mais suficiente e deve ser substituído por outro, o “paradigma de um conhecimento prudente para uma vida decente” (SANTOS, 2010, p. 60). É que as velhas dicotomias, próprias de um conhecimento separatista, não condizem com o conhecimento:

Os avanços recentes da física e da biologia põem em causa a distinção entre o orgânico e o inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte e mesmo entre o humano e o não humano. As características da auto-organização, do metabolismo e da auto-reprodução, antes consideradas específicas dos seres vivos, são hoje atribuídas aos sistemas pré-celulares de moléculas. E quer num quer noutros reconhecem-se propriedades e comportamentos antes considerados específicos dos seres humanos e das relações sociais. (SANTOS, 2010, p. 61).

Representa, portanto, a tentativa e necessidade de superação da obsoleta distinção entre sujeito e objeto, pois este também possui características como historicidade e liberdade. O autor vai além e aduz ser imprescindível uma transformação do homem para que haja uma compreensão da natureza e não de sua dominação. Trata-se de descoisificar a natureza, que passa a fazer parte do homem: “não há natureza humana porque toda a natureza é humana” (SANTOS, 2010, p. 72).

De forma análoga, Emmanuel Lévinas expõe a falência da tradição filosófica, em que o outro é objetivado, nessa visão de mundo em que a relação é de sujeito-objeto. O outro é reduzido à totalidade, isto é, a um saber sobre tudo; um saber que se apresenta como poder de manipulação. Por consequência, o outro perde sua alteridade, não sendo reconhecido e respeitado em sua existência (LÉVINAS, 2013).

É, antes de tudo, saber lidar com a técnica moderna na natureza, que tem se revelado enquanto manipulação. Costa, Reis e Oliveira (2016, p. 22) sustentam que “a técnica moderna atingiu um estágio que levanta a possibilidade da natureza deixar de existir ou sua destruição ao ponto de colocar em dúvida a própria existência humana”.

O filósofo Lévinas (1988, p. 91) propõe como solução a ética fundamentada na relação eu-outro, qualificada enquanto responsabilidade: “porque eu próprio sou responsável pela responsabilidade de outrem”.

Também é possível extrair esse arquétipo da responsabilidade de Hans Jonas que:

[...] não concerne ao cálculo do que foi feito *ex post facto*, mas a determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas conseqüências, mas pelo objeto que reivindica

meu agir. Responsabilidade, por exemplo, pelo bem-estar de outros, que considera determinadas ações não só do ponto de vista de sua aceitação moral, mas e obriga a atos que não têm nenhum outro objetivo. (JONAS, 2006, p. 167).

É preciso remodelar a visão humana, para uma que permita ao homem desfrutar do seu entorno, de forma compatível com as necessidades e peculiaridades da própria natureza. Na verdade, cada qual exerce uma função de peculiar importância no ecossistema, no contexto de sua existência.

Enquanto ser com capacidades de questionamentos, formulações e entendimentos sobre o que, quando, como e por que afeta (tanto que cria o Direito), o homem deve zelar por esses bens. E não simplesmente porque, se não o fizer, também será atingido; mas pelo outro em si revelado – mesmo daquele porvindouro.

4.2 O bem jurídico ambiental

O artigo 225, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 descreve o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso comum do povo, criando um tipo ímpar de bem: o bem ambiental.

A referência expressa ao bem ambiental, no entanto, encontra diferentes posicionamentos doutrinários quanto a sua natureza jurídica: bem de interesse público, patrimônio público ou coletivo, e bem difuso.

Desde 1916, o Código Civil traz uma classificação dos bens, que foi mantida pelo atual Código Civil Brasileiro, e na qual se mostra pertinente àquela realizada entre bens públicos e privados. Ou seja, os primeiros possuem domínio nacional, cabendo às pessoas jurídicas de direito público interno, União, Estados e Municípios; os demais são privados, de domínio particular de pessoa natural ou jurídica de direito privado – artigo 98 (BRASIL, 2002).

No artigo 99 do Código Civil de 2002, tem-se a divisão e enumeração dos bens públicos nos de uso comum do povo, uso especial e bens dominicais:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (BRASIL, 2002).

As disposições legais civilistas são utilizadas para a vertente que visualiza a natureza jurídica pública do bem ambiental, como asseverado por José Afonso da Silva: “são bens de interesse público, dotado de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo” (SILVA, 2009, p. 84).

Da leitura do artigo 2º, inciso I, da Lei n. 6.938/81, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada constitucionalmente, que dispõe como um de seus princípios a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido [...]” (BRASIL, 1981), Antônio Herman Benjamin confere ao bem ambiental a natureza de patrimônio público, considerando o aspecto difuso unicamente na atribuição aos legitimados para agir na defesa do meio ambiente (BENJAMIN, 1993).

Cristiane Derani, por sua vez, reconhece no meio ambiente a substância para o desenvolvimento individual e social, considerando-o um patrimônio coletivo, posto compartilhado pela sociedade como um todo (DERANI, 2008).

O traçado distintivo e restritivo entre bem público e privado advém do já mencionado contexto individualista, mas que é suplantado pelas mudanças sociais e, conseqüentemente, jurídicas, tal como no enquadramento fechado de outrora das disciplinas de direito público e as de direito privado.

Ademais, deve-se partir das normas constitucionais, interpretadas de forma harmonizada, para o adequado entendimento do assunto, e não o contrário, seja do Código Civil ou da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que podem abarcar um contexto retrógrado. Com efeito, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2014) alicerça a natureza jurídica difusa do bem ambiental, senão vejamos:

A Constituição de 1988 delimita a existência e a separação entre bem público e difuso em dois momentos no seu texto: quando trata da ação popular e enumera as funções institucionais do Ministério Público.

O inciso LXXIII, do artigo 5º, assim prevê:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo **ao patrimônio público** ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 1988).

É clara a abordagem diferenciada de bens, já que o meio ambiente teve apontamento específico, depois da referência ao patrimônio público, demonstrando a divisão intencionada do constituinte.

Sacramentando essa cisão, o artigo 129, inciso III, prescreve ao Ministério Público a função de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. (BRASIL, 1988). Verifica-se, portanto, a exposição do meio ambiente como exemplo evidenciado de interesse difuso.

Na esfera infraconstitucional, o advento da Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, também fixou essa viabilidade de defesa de outro tipo de bem, o difuso, em que o titular é a coletividade:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os **transindividuais, de natureza indivisível**, de que sejam **titulares pessoas indeterminadas** e ligadas por circunstâncias de fato; [...] (BRASIL, 1990). (Grifos nossos).

O autor ainda inclui outras justificativas para o seu perfilhamento:

O bem ambiental compete a todos, diversamente do bem público, cujos titulares são os entes públicos internos, União, Estados e Municípios (FIORILLO, 2014).

Os valores a título de indenização pelos danos causados ao meio ambiente são direcionados a um fundo exclusivo para a sua reconstituição, enquanto os danos ao patrimônio público são revestidos ao Estado, diretamente ressarcido (FIORILLO, 2014).

Por fim, o regime jurídico dos bens públicos, conforme disposto nos artigos 100 e 101 do Código Civil¹⁶, franqueia, ainda que remotamente, a oportunidade de alienação dos recursos naturais, caso desafetados para bens dominicais, sobretudo quando existem interesses econômicos escusos sobre a biodiversidade brasileira (FIORILLO, 2014).

¹⁶ Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. (BRASIL, 2002).

Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei. (BRASIL, 2002).

De igual modo, Rui Carvalho Piva (2000) assevera que a Constituição da República de 1988 elegeu um terceiro gênero de bem, o difuso, entre os bens públicos e privados, de natureza jurídica de uso comum do povo.

Teresa Cristina de Deus também qualifica o bem ambiental como bem difuso, *litteris*:

[...] Quando a Constituição Federal diz que o bem ambiental é de “*uso comum do povo*”, assim o faz justamente para enfatizar que todos têm direito a usufruir do proveito de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por tal motivo o bem ambiental – a que todos têm direito – será invariavelmente objeto de conversão de apenas um tipo de interesse: o difuso. Entendemos, assim, que alguns bens jurídicos poderão ou não assumir a mesma natureza jurídica do bem ambiental constitucional, dependendo de tais bens serem ou não elementos fundamentais para a composição do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conseqüentemente, quando um bem jurídico apresentar a natureza jurídica de bem ambiental, este automaticamente assumirá a natureza jurídica de bem difuso. (DEUS, 2003, p. 65).

Paulo de Bessa Antunes (2011) não aceita o modelo atual de propriedade, privado ou público, fundamentando que a Constituição de 1988 inaugurou um novo status, tratado como propriedade constitucional.

Adota-se, no presente trabalho, a teoria de bem de natureza difusa, pela característica básica de que o meio ambiente pertence a toda coletividade, titularidade esta muitas vezes indefinida e indeterminável.

O respeito ao meio ambiente, concreto e filosófico, não tolheu a exigência tortuosa do direito de constituí-lo enquanto direito fundamental e, portanto, com possibilidade de alcance pelos sub-ramos.

Isso porque o núcleo principal sobre a importância e necessidade de defesa e preservação do meio ambiente não se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais, que inicia no artigo 5º da Constituição de 1988.

Os direitos fundamentais são considerados princípios norteadores positivados na Constituição, eis que inerentes ao homem e, por isso, anteriores ao ordenamento jurídico. E surgem progressivamente nos textos constitucionais, acompanhando a demanda de cada período da história, motivo da classificação didática em gerações ou dimensões, sempre com vistas nas futuras e constantes conquistas e na coexistência de todos eles.

Justamente por isso, defende-se a não exaustividade dos direitos fundamentais no catálogo do Título II, sobretudo com esboço na abertura concedida no próprio artigo 5º, §2º, que assim dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988).

Essa abertura possibilita, de forma expressa, a “identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos (no sentido de não expressamente positivados), bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais” (SARLET, 2012, 67).

Neste aspecto, vislumbra-se no meio ambiente um direito fundamental com status constitucional formal, isto é, revestido de fundamentalidade, não obstante a sua localização topográfica no texto, eis que constante nuclearmente no artigo 225 da Constituição de 1988.

Levando-se em conta, principalmente, a finalidade do dispositivo, que dispõe sobre a indispensabilidade do ambiente equilibrado a uma vida humana saudável e digna, direito de todos, há de se considerar também o seu status material de direito fundamental.

A uma, pelos contornos de fraternidade, dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos ancorados no preâmbulo e nos princípios fundamentais dos artigos 1º ao 4º da Constituição de 1988; a duas, em razão da presença socioambiental nos princípios gerais da atividade econômica e social (artigos 170 e 193); a três, em face das diversas normas efetivadores desses princípios, dispersas no bojo constitucional (artigo 5º, inciso XXIII, artigo 186, caput, e inciso II, etc.).

E não se deve esquecer a sintonia constitucional com a previsão expressa do direito ao meio ambiente nos tratados internacionais, que poderia ser interpretado enquanto direito fundamental.

Por consequência, essa fundamentalidade, material e formal, corresponde ao dever de proteção contra reformas supressivas ou retrógradas, na condição de cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, inciso IV), e da aplicação imediata e vinculativa das entidades públicas e privadas, incitando a problemática em torno da judicialização de políticas públicas socioambientais, em razão do duplo caráter (negativo e prestacional) desses direitos.

Ora, o texto constitucional não faz referência ao meio ambiente, pura e simplesmente, mas qualificado pelo equilíbrio ecológico, consagrado enquanto direito fundamental, eis que pertencente a todos e pressuposto da própria vida (COSTA, 2010); uma vida com qualidade para o presente e futuro. Como explicado por Beatriz de Souza Costa:

[...] É correto afirmar que o direito à vida condiciona todos os demais direitos, mas o acesso a esse direito de defesa está intimamente ligado ao meio ambiente, que deve ser protegido de riscos ambientais sérios à vida. O meio ambiente também deve ser

protegido como o direito de defesa da vida, ou melhor, como o local fundamental do desenvolvimento da personalidade humana. (COSTA, 2010, p. 118).

E:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito fundamental, mesmo encontrando-se fora do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição, por vários motivos, principalmente porque o Título II não esgota esses Direitos. O §2º do art. 5º deixa essa afirmativa muito clara quando dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros. Ou seja, este parágrafo deixou um leque de direitos ainda por vir. (COSTA, 2010, p. 167).

O entendimento guarda consonância com o primeiro item dos proclames da Declaração de Estocolmo de 1972: “[...] natural ou criado pelo homem, é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida”. (ONU, 1972, *online*).

A acolhida constitucional de um direito ambiental fundamental revela-se na própria exigência de envolvimento do Poder Público e da coletividade no dever de defesa para que sempre haja um direito de viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

De mais a mais, pauta-se nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mormente na construção de uma sociedade livre, justa e solidária – art. 3º da Constituição (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP, em voto do Ministro Celso de Mello, também reconheceu o direito fundamental ao meio ambiente, de terceira geração ou dimensão, associado ao princípio da solidariedade:

Trata-se [...] de um típico **direito de terceira geração**, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao **dever de solidariedade** na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quanto compõem o grupo social. (MS 22164-0, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (Grifos nossos).

Na decisão, o Ministro Celso de Mello ainda destaca o processo de desenvolvimento e expansão dos direitos humanos, em que os direitos de primeira geração ou dimensão, os direitos civis e políticos, propriamente liberais, realçam o princípio da liberdade; os direitos de segunda geração ou dimensão, os direitos sociais, formatam o princípio da igualdade; e os

direitos de terceira geração ou dimensão, como o meio ambiente, encontram suporte no princípio da solidariedade, materializado na titularidade coletiva.

Portanto, o meio ambiente foi identificado como direito fundamental de terceira geração ou dimensão, por transcender o caráter individual, ligado aos direitos difusos, sob a égide da solidariedade.

E a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu a proteção ampla do meio ambiente, reconhecendo-o como primordial para a mudança e o desenvolvimento sócio-econômico-ambiental, impondo limites às ações humanas destrutivas.

Para tanto, estipulou-se no §3º, do artigo 225, que “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, 1988), balizando a tríplice responsabilização.

Nessa esteira, sendo o ambiente um bem jurídico peculiar, destacadamente primordial, a norma constitucional também o elevou à categoria de bem jurídico-penal, instaurando um marco de salvaguarda infraconstitucional:

[...] tanto el legislador como el constituyente quisieron asegurarse de proporcionarle al ambiente todas la posibilidades para su salvaguarda, incluyendo las que otorga el Derecho Penal, no siendo óbice para ello su carácter de última ratio. Al otorgarle el carácter de bien jurídico al ambiente, se le está individualizando, de manera de deslindarlo de cualquier outro bien jurídico. Y esto es así, al punto de constituir la mayoría de los delitos ambientales delitos complejos o pluriofensivos, donde se ven vulnerados más de un bien jurídico: el ambiente em todo caso, y otros, generalmente, la salud (como em el caso de contaminación de aguas), la vida (como em el caso de desechos peligrosos) o la propiedad (como em el caso de incendio de vegetación cultivada). El ambiente adquiere así un valor per se, independentemente del valor económico del objeto jurídico amenazado o vulnerado¹⁷. (POZO, 2007).

No Brasil, o regulamento legislativo coube à Lei 9.605/98, que prevê a maioria dos delitos ambientais, de forma codificada, e representou avanços e retrocessos, melhor delineados em capítulo pósterio.

¹⁷ Tradução livre para o português: “[...] tanto o legislador quanto o constituinte quiseram assegurar ao meio ambiente todas as possibilidades de salvaguarda, inclusive as concedidas pelo Direito Penal, que não são obstaculizadas em razão da sua característica de último recurso. Ao conceder-lhe o caráter de bem jurídico, o meio ambiente está sendo individualizado, de modo a separá-lo de qualquer outro. E isso é assim, até o ponto de constituir a maioria dos crimes ambientais como delitos complexos ou pluriofensivos, quando mais de um bem jurídico é violado: o meio ambiente em qualquer caso, e outros, em geral, a saúde (como no caso da poluição), a vida (como no caso de resíduos perigosos) ou a propriedade (como no caso de incêndio em vegetação cultivada). O meio ambiente adquire um valor intrínseco, independentemente do valor econômico do objeto ameaçado ou violado”.

Importante esclarecer que o reconhecimento do bem jurídico ambiental, inclusive para fins penais, não descarta a análise sobre a real necessidade (ou inconstitucionalidade) da intervenção penal para determinadas condutas, com espeque nos princípios constitucionais gerais e penais, entre os quais o da *ultima ratio*, que implica características de subsidiariedade e fragmentariedade.

5 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL AMBIENTAL

Os princípios, já averbados alhures, são reconhecidos com status de norma, eis que determinam efeitos jurídicos e a adoção de condutas conformadas aos seus ditames, isto é, integrantes da ordem jurídica.

São os responsáveis por conferir fundamental compreensão e inteligência às inúmeras partes componentes de todo um sistema normativo. Mais: tal como ocorre nas regras, podem estabelecer obrigações legais, suplantando tradições arraigadas, formalistas e positivistas, em prol de sua concretização.

Os princípios fundamentais do direito penal e do direito ambiental são estabelecidos constitucionalmente, de forma explícita, isto é, positivados na Constituição de 1988 (e repetidos nos textos legais), ou implicitamente, eis que depreendidos do ordenamento jurídico constitucional; ambos com aplicabilidade no sistema, afinal a transgressão ao princípio implica violação da própria norma suprema (STRECK, 2014).

A correta aplicação do direito penal requer a observação dos seus princípios básicos, que servem de escopo para a limitação de uma intervenção estatal desmedida, decorrentes de uma intervenção embasada na dignidade da pessoa humana e em um modelo minimalista.

De igual modo, o direito ambiental possui princípios que fundamentam o Estado e incidem sobre a organização da sociedade, devendo ser considerados em relação às políticas públicas e nas decisões do Poder Público de maneira geral, em razão da valia do meio ambiente à vida de todos.

Comparada ao direito penal, a ciência do direito ambiental é de tenra estruturação autônoma e apresenta uma constante dialética entre a natureza e o metabolismo social, motivo pelo qual não encontra uniformidade quantos aos princípios específicos e caracterizadores da proteção do meio ambiente, em permanente construção.

Importante destacar os princípios penais e, a par da esperada dificuldade, os principais princípios ambientais, decorrentes dos delineamentos na esfera internacional e nas elaborações pátrias sobre a temática, para então confrontar os mais relevantes de ambas as subdivisões, visando o objetivo do estudo idealizado.

5.1 Princípios do direito penal

A Constituição da República de 1988 exaltou os princípios penais, entre os quais: legalidade – e os postulados da reserva legal, vedação do uso de costumes e da analogia *in*

malam partem, irretroatividade da lei mais severa e da determinação taxativa; intervenção mínima - e os desdobramentos da fragmentariedade e subsidiariedade; humanidade; culpabilidade; pessoalidade; individualização da pena; ofensividade ou lesividade; proporcionalidade da pena.

Os princípios da legalidade e da intervenção mínima já foram explicitados nos capítulos precedentes, dando corpo ao desenvolvimento lógico das ideias trabalhadas.

O princípio da humanidade (ou da limitação das penas) reconhece a condição humana do preso, refletindo a necessidade de limitação das penas e forma de tratamento que observe seus direitos.

A esse respeito, o pensador humanista do século XVIII, Cesare Beccaria, já fazia um alerta veemente sobre o instrumento da tortura e os tratamentos indevidos a presos e processados, baseado nos escritos de Montesquieu, Voltaire, Rousseau e outros filósofos: “a tortura é, frequentemente, um meio certo de condenar o inocente débil e de absolver o criminoso forte (...) o inocente gritará, então, que é culpado, para que cessem as torturas que já não agüenta mais” (BECCARIA, 1999, p. 65).

A privação de liberdade demanda obrigação dos órgãos de aplicação e de execução da pena no respeito aos direitos personalíssimos (dignidade, constituição física e psíquica), do acusado ou condenado, no processo e durante sua tramitação.

No âmbito internacional, o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 decreta que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante” (ONU, 1948, online).

A Constituição brasileira o reconhece em vários momentos do seu texto, na proibição de tortura e de tratamento cruel ou degradante – artigo 5º, inciso III; na vedação de penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, banimento e cruéis – artigo 5º, inciso XLVII; ao assegurar o respeito à integridade física e moral dos presos – artigo 5º, inciso XLIX (BRASIL, 1988).

É identificado, ainda, no artigo 1º da Lei de Execuções Penais, o qual estabelece que a “execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Trata-se do reforço de que a pena também possui função pedagógica, não sendo mera retribuição do comportamento delitivo do infrator, embora não se olvide de sua essência aflitiva (BATISTA, 2007).

O princípio da culpabilidade (*nulla actio sine culpa*) é o ponto primordial para a fundamentação, limitação e garantia da não punição em casos de responsabilidade objetiva. A

responsabilidade penal é subjetiva (deve haver culpa ou dolo), uma conduta não pode ser imputada a alguém tão somente pela causação do resultado.

Além disso, o princípio da culpabilidade influi na medição da pena, orientando o juiz na fixação, bem como no fundamento da sanção, na análise da possibilidade ou não da sua aplicação diante da prática de um fato típico e antijurídico. Porém, difere da culpabilidade em sentido amplo, enquanto integrante do conceito analítico de crime.

Vale registrar que o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, de ordem processual penal, é fruto da culpabilidade: o indivíduo não é o autor até que se comprove sua culpa ou dolo.

A culpabilidade é deduzida dos seguintes dispositivos constitucionais: artigo 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); artigo 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos); artigo 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade); artigo 5º, inciso LVII (a condenação pressupõe a comprovação da culpabilidade) e inciso XLVI (a aplicação da pena tem como base a culpabilidade).

E tem expressa prescrição no artigo 18 do Código Penal:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL, 1940).

Decorrência clara da culpabilidade, o princípio da pessoalidade (ou personalidade ou intranscendência) restringe o alcance da sanção penal apenas ao sentenciado, sem possibilidade de estendê-la a terceiros (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição de 1988¹⁸). Tanto que a morte é causa de extinção da punibilidade, conforme previsão do artigo 107 do Código Penal. Distingue nitidamente da obrigação civil, em que a reparação do dano pode atingir pessoas vinculadas por laços de parentesco.

Também a individualização da pena, com preceito constitucional manifesto no artigo 5º, incisos XLVI e XLVIII¹⁹, remete à reflexão acerca exatamente do conteúdo da

¹⁸ De acordo com o artigo 5º, inciso XLV, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

¹⁹ O inciso XLVI dispõe que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou

culpabilidade, e de seu papel individualizador e limitador da pena, que deve ser atividade do legislador (parâmetro entre o mínimo e o máximo) e do juiz (juízo de condenação, na sentença – e juízo de execução, no cumprimento da pena).

Esse princípio exige do operador do direito a fixação de uma pena ajustada a cada indivíduo e à respectiva cominação legal. Exatamente por isso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 82.959, declarou a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos)²⁰, que previa que a pena dos delitos nela especificados seria cumprida em regime integralmente fechado, o que cercearia a individualização da pena e o seu caráter progressivo.

Está intimamente ligado ao da proporcionalidade, ou seja, o legislador e o aplicador do direito devem buscar o justo equilíbrio entre a gravidade da conduta e a gravidade da sanção. A pena criminal deve ser adequada e necessária à proteção de um determinado bem jurídico, de modo que a sanção seja proporcional à natureza, extensão e gravidade da infração. (LUISI, 2003).

Faz-se necessário que a pena represente a justeza na relação entre comportamento transgressor e lesão praticada, o que nem sempre é constatado. Exemplifica-se essa incorreção na atividade legislativa: a pena mínima abstrata do delito de excesso de exação (artigo 316, §1º, do Código Penal) é mais gravosa do que a forma qualificada (artigo 316, §2º, do Código Penal); e a pena mínima cominada da transgressão dos maus-tratos aos animais (artigo 32 da Lei n. 9.605/98) é mais severa do que “maltratar” um ser humano (artigo 136 do Código Penal).

O direito penal, constitucionalmente orientado, deve partir da premissa de que não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico. Estrutura-se aí o princípio da ofensividade (ou da lesividade). Apresenta determinadas funções consideráveis (BATISTA, 2007), tais como:

A não incriminação de uma atitude interna, caso da cogitação (pensamentos), em que não se observa a possibilidade de punição por não haver lesividade.

interdição de direitos” e o inciso XLVIII estabelece que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

²⁰ A redação do §1º, do artigo 2º, da Lei n. 8.072/90, foi alterada, posteriormente, pela Lei n. 11.464/2007: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida **inicialmente** em regime fechado”. (Destacou-se).

A proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, ou seja, as condutas que não comprometem nem lesionem os demais seres da sociedade, caso da autolesão (suicídio, automutilação) e a maioria dos atos preparatórios²¹.

Sob esta égide, discute-se a criminalização do uso de drogas, eis que a conduta atingiria o bem-estar e a saúde do próprio indivíduo, opondo-se, portanto, ao princípio da lesividade (BATISTA, 2007). No entanto, após a edição da Lei n. 11.343/06, a posse de drogas para uso foi mantida como crime, apenas com a despenalização da prisão em prol de outras medidas.

Outro ponto relevante é a não incriminação de simples estados ou condições existenciais, já que o direito penal é do fato (agir) e não do autor (ser). Nesse sentido, pertinente a crítica em relação às contravenções penais de vadiagem e mendicância, tipificadas nos artigos 59 e 60, respectivamente, do Decreto-Lei n. 3.688/40.

Em 2009, a mendicância foi revogada pela Lei n. 11.983, porém o legislador perdeu a oportunidade de também extirpar a vadiagem do cenário penal, ainda que o operador jurídico possa fazê-lo *a posteriori*, embasado em outros princípios constitucionais penais.

E a não punição de condutas desviadas em que se destacam a antipatia de grande parte da sociedade, mas que não afete qualquer bem jurídico (exemplo das práticas sexuais diferenciadas).

Com efeito, justifica-se o crime impossível, na medida em que não há possibilidade de lesão ao bem jurídico por absoluta ineficácia do meio utilizado ou impropriedade do objeto – artigo 17 do Código Penal.

Decorrente da intervenção mínima - e da própria ofensividade, cabe citar o princípio da insignificância (ou bagatela), elaborado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1970, e de aceitação na doutrina e jurisprudência²² pátria, o qual obsta o ingresso de fatos materialmente irrelevantes ou banais no direito penal.

²¹ O legislador optou por incriminar de modo autônomo alguns atos preparatórios. É o que se dá, entre outros, com os crimes de fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante: “Art. 253. Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa”; de associação criminosa: “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes. Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente”; e de petrechos para a falsificação de moeda: “Art. 294. Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior. Pena - reclusão, de um a três anos, e multa”. (BRASIL, 1940).

²² O Supremo Tribunal Federal acolhe o princípio da insignificância como causa supralegal de descaracterização material da tipicidade penal, aferindo a presença de quatro condições: a) mínima ofensividade da conduta; b)

A atuação penal restringe aos casos que ocorram lesões jurídicas de gravidade relevante a bens jurídicos, excluindo, portanto, aquelas infrações consideradas como bagatela (pouca monta), isto é, sem potencial efetivo de causar lesão. Tal princípio examina, além da relevância da lesão, a importância do bem envolvido.

A insignificância tem a função de evitar casos absurdos e injustos, porém não é viável em delitos de evidente gravidade e expressividade, como o homicídio ou o estupro. Aliás, há compreendida resistência dos Tribunais Superiores de aplicá-lo em situações diversas dos crimes patrimoniais sem violência.

Uma vez admitida a insignificância da ofensa, exclui-se a tipicidade material e, por conseguinte, a própria tipicidade penal. O princípio surge para corrigir a falha legislativa *a posteriori*, utilizando-se de interpretação mais estreita na análise do tipo penal.

Compete fazer referência, por fim, ao princípio da adequação social, que rege a penalização apenas das condutas que possuem certa relevância social, ou seja, promove a atualização da norma incriminadora. Assim, comportamentos socialmente aceitos ou tolerados não constituem delitos.

Clássico exemplo é o do ato de furar a orelha dos bebês do sexo feminino, cuja conduta, a princípio configuradora da lesão corporal, é tida como embelezamento e socialmente aceita. Tal qual no princípio da insignificância, afasta-se a tipicidade material pela ausência do desvalor da ação.

5.2 Princípios do direito ambiental

Os documentos internacionais apresentam relevante papel na formação dos princípios do direito ambiental. Na verdade, a maioria dos princípios da Declaração Universal sobre o Meio Ambiente e da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, foram consagrados pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação ambiental.

A par de algumas diferenciações doutrinárias na nomeação e quantidade dos princípios do direito ambiental²³, cabe enumerar os seguintes: meio ambiente ecologicamente

inexistência de periculosidade social do ato; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e d) inexpressividade da lesão provocada. (HC 84.412/SP).

²³ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (1993) aponta importantes funções dos princípios do direito ambiental: a) permitem compreender a autonomia do direito ambiental; b) auxiliam no entendimento, interpretação e na identificação da unidade e coerência de todas as normas que compõem o sistema jurídico

equilibrado, direito fundamental, conforme já foi abordado no capítulo anterior; desenvolvimento sustentável; precaução; prevenção; usuário-pagador; poluidor-pagador; participação; responsabilidade e vedação do retrocesso ambiental.

O princípio do desenvolvimento sustentável emergiu da Conferência Mundial de Meio Ambiente de 1972, realizada em Estocolmo, inicialmente nomeado de ecodesenvolvimento, em uma clara referência à tentativa de harmonização entre o meio ambiente e o desenvolvimento.

A nomenclatura foi alterada para desenvolvimento sustentável no Relatório da ONU de 1987, da Comissão de Brundtland, que assim o definiu: “aquele que atende as necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das futuras gerações em atenderem as próprias necessidades”. (SOARES, 2001, p. 73).

Na Conferência de 1992 ocorrida no Rio de Janeiro/Brasil, a ECO-92, o termo foi cunhado diversas vezes na respectiva Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, designado como o centro das preocupações humanas e “[...] exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”. (ONU, 1992, *online*).

No documento internacional, tanto a proteção ambiental quanto a erradicação da pobreza são reconhecidas como partes integrantes e indispensáveis do processo de desenvolvimento sustentável, entendido, de forma bem simplista, enquanto possibilidade de convivência pacífica entre o crescimento econômico, equidade social e a manutenção de recursos naturais necessários para atender as gerações presentes e futuras.

Aproxima-se do cerne do princípio da equidade intergeracional, apontado por José Adércio Leite Sampaio (2004) como o resguardo de iguais possibilidades dos recursos e benefícios ambientais entre as gerações, passadas ou presentes e futuras.

Na Constituição de 1988, o princípio do desenvolvimento sustentável é extraído do artigo 225, *caput*, que impõe uma relação satisfatória entre homens e o meio ambiente, que deve se manter equilibrado, a fim de que as futuras gerações possam desfrutar dos recursos disponíveis no presente.

Ademais, o incentivo à propriedade privada (crescimento econômico), a função social da propriedade (equidade social) e a defesa do meio ambiente constituem os fundamentos e princípios da ordem econômica, esculpidos nos incisos do artigo 170 (BRASIL, 1988).

Isto porque, assim como o meio ambiente é indispensável à existência da vida – art. 225 da CR/88, esta também depende do trabalho – art. 1º, inciso IV; art. 170, inciso VI, da CR/88²⁴, cujo efeito pretendido é o desenvolvimento econômico e social do país.

Importa mencionar a distinção que se tem feito acerca de crescimento e desenvolvimento econômico, atribuindo-se ao primeiro um caráter meramente quantitativo (aumento de produção) e ao segundo qualitativo, com respeito ao bem estar social e ao meio ambiente (BRITO; THOMÉ, 2016, p. 24).

Em Giddens (1997, p. 232), “o ‘crescimento responsável’ [...] introduz necessariamente outros valores além daqueles exclusivamente econômicos”. Celso Antônio Pacheco também ensina que hoje não se fala em desenvolvimento sem falar da proteção e aprimoramento social, ambiental e econômico (FIORILLO, 2014, p. 25). Ambos compartilham a visão de que desenvolver é proporcionar qualidade e bem-estar às pessoas, o que requer modificações de bases estruturais, institucionais e culturais.

De forma semelhante, dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente está a “compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” – artigo 4º, inciso I, da Lei n. 6.938/81.

Não é na prática um objetivo de fácil alcance. Aliás, como não o é a própria definição de sustentabilidade, a depender de inúmeras variáveis, quais indicadores considerados. No entanto, a finitude dos recursos ambientais e a importância da correspondência entre os pilares econômico-social-ambiental torna inadmissível que as atividades humanas desenvolvam-se alheias a essa realidade.

Os princípios da precaução e da prevenção compartilham importância na orientação ambiental da preferência de evitar os danos ambientais, que por sua gravidade são geralmente irreversíveis e irreparáveis, porém guardam características particulares no tocante à certeza científica do impacto.

A prevenção está apoiada no conhecimento prévio dos impactos sobre o meio ambiente, exemplo da atividade de mineração; a precaução calca-se na dúvida ou

²⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (...). (BRASIL, 1988).

desconhecimento do dano ambiental de determinada atividade, caso dos alimentos transgênicos.

A prevenção é o princípio que fundamenta e que mais está presente em toda a legislação ambiental e nas políticas públicas da temática, pois prioriza as medidas necessárias que impeçam o surgimento de danos ambientais.

A adoção de medidas preventivas tem o escopo de eliminar ou minimizar os efeitos degradadores de uma atividade, já que uma ação preventiva possui mais chance de efetividade do que uma posterior e eventual reparação.

Nesse sentido, a preservação do meio ambiente, pelo Poder Público e coletividade, é dever estabelecido constitucionalmente – artigo 225, *caput*, e as providências para tanto estão projetadas em quase todos os incisos do §1º, tal qual a exigência do estudo de impacto ambiental para o início de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

A Lei n. 6.938/81 também consagra a prevenção ao elencar, no artigo 2º, como princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, entre outros: o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais (inciso III); os incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais (inciso VI); o acompanhamento do estado da qualidade ambiental (inciso VII); e a proteção de áreas ameaçadas de degradação (inciso IX).

Já o art. 4º elenca entre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente: o estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais (inciso III); o desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais (inciso IV) e a difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente (inciso V). (BRASIL, 1981).

O princípio da precaução estabelece o primado do *in dubio pro natura* ou *in dubio pro ambiente*, ou seja, diante da insuficiência de dados científicos sobre a inocuidade de determinados atos, vedam-se intervenções perigosas no meio ambiente.

Milita-se, assim, favoravelmente ao ambiente, por cautela, invertendo-se o ônus para o interessado na exploração, que deverá comprovar a ausência de riscos ou perigos graves. É uma orientação para a tomada de decisões relativas ao meio ambiente.

Internacionalmente, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 consagrou o princípio da precaução, ao estabelecer que:

Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da **precaução** deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando **houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis**, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar **medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental**. (ONU, 1992, *online*). (Grifos nossos).

Depreende-se possível, portanto, aplicar os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, que se prestam a efetivar a prevenção, também como mecanismos eficientes para a precaução.

Paulo de Bessa Antunes (2005) pondera que a precaução só pode fundamentar o impedimento de uma determinada atividade no caso de justificativa técnica baseada em critérios científicos aceitos pela comunidade internacional, não por opiniões isoladas que interrompam experiências e projetos socialmente relevantes. E isso com espreque no próprio desenvolvimento econômico.

O princípio da precaução está previsto de modo implícito na Constituição de 1988, a citar o preceito de estudo prévio de impacto ambiental para autorização de determinadas obras ou atividades (artigo 225, §1º, inciso IV), que ensejará ora prevenção ou precaução, a depender do impacto identificado na avaliação.

Por outro lado, encontra menção expressa no artigo 3º, *caput*, da Lei n. 12.187/09, de Política Nacional sobre Mudança do Clima, que prevê a observância aos “[...] princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional [...]”²⁵, bem como no artigo 1º da Lei n. 11.105/05, de Biossegurança, que tem como diretrizes “[...] o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

O princípio do poluidor-pagador significa a internalização dos custos ambientais pelo poluidor, isto é, das externalidades negativas geradas pelo processo produtivo ou execução da atividade lucrativa. Ao contrário do que se possa equivocadamente interpretar da expressão, o princípio não é um salvo-conduto para poluir em troca de pagamento.

²⁵ Embora sem aludir ao termo precaução, a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada, ratificada e promulgada pelo Brasil, ressalta o princípio no seguinte considerando do preâmbulo: “Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”. (BRASIL, 1998).

Assim, quem utiliza o recurso ambiental deve suportar seus custos, sem que essa cobrança resulte na imposição de taxas abusivas, de maneira que nem Poder Público nem terceiros sofram com tais desvantagens ou prejuízos. É que, ao causar uma degradação ambiental, o indivíduo invade a propriedade de todos os que respeitam o meio ambiente e afronta o direito alheio (MACHADO, 2014).

O princípio do poluidor-pagador foi introduzido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que trata da relação entre as políticas ambiental e econômica e pretende reprimir distorções de mercado (ANTUNES, 2000).

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento também o destacou:

Princípio 16. Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais. (ONU, 1992, online).

Os recursos ambientais são escassos e sua produção e consumo geram reflexos de degradação, sobretudo por selecionados setores econômicos, que lucram enquanto a sociedade como um todo é afetada.

Desta feita, nada mais justo do que impelir o empreendedor a incorporar as despesas da proteção ambiental nos custos de sua atividade utilizadora dos recursos ambientais (BENJAMIN, 1993) e, assim, evitar a privatização dos lucros e a socialização dos prejuízos (ANTUNES, 2005), já que o meio ambiente é “bem de uso comum do povo” (BRASIL, 1988).

De forma complementar, o princípio do usuário-pagador representa a cobrança do usuário, não necessariamente poluidor, pela utilização dos recursos naturais. Trata-se de uma compensação financeira à sociedade, com vistas a racionalizar e evitar o esbanjamento do bem natural. Por isso, o preço deve refletir a raridade do bem, além de incluir os custos para sua renovação.

Frisa-se: a obrigatoriedade do pagamento é pelo mero uso, sem perquirição sobre a (i) licitude na conduta do usuário ou a ocorrência de danos, e não exprime qualquer punição (MACHADO, 2014).

A Lei n. 6.938/81 contemplou o princípio do usuário-pagador na segunda parte do inciso VII, do art. 4º, ao determinar que “a Política Nacional do Meio Ambiente visará [...] à imposição [...] ao usuário de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

Esse princípio tem aplicação concreta na Lei n. 9.433/97, da Política Nacional de Recursos Hídricos, que impõe a cobrança pelo uso destes recursos (artigo 5º, inciso IV), na medida em que “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico” (artigo 1º, inciso II).

De acordo com o artigo 19 da Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos, a cobrança objetiva: “reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; incentivar a racionalização do uso da água; e obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos”.

O princípio da responsabilidade (ou responsabilização), por seu turno, permite que os causadores de ameaça ou lesão ao meio ambiente sejam obrigados a arcar com a responsabilidade e com os custos da reparação ou da compensação pelo dano causado.

A Declaração da ECO-92 assim apregoa:

Princípio 13. Os Estados irão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas de poluição e de outros danos ambientais. Os Estados irão também cooperar, de maneira expedita e mais determinada, no desenvolvimento do direito internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização por efeitos adversos dos danos ambientais causados, em áreas fora de sua jurisdição, por atividades dentro de sua jurisdição ou sob seu controle. (ONU, 1992, *online*).

É a previsão constitucional do artigo 225, no §2º, quanto ao compromisso do explorador de recursos minerais na recuperação do meio ambiente degradado, e no §3º, reportado em outras oportunidades no presente trabalho, que assevera que o degradador, pessoa física ou jurídica, responde pelas ações ou omissões de sua responsabilidade, que resultarem em prejuízo ao meio ambiente, ficando sujeito – independente e simultaneamente – a sanções cíveis, penais ou administrativas.

A responsabilização civil visa, principalmente, a reparação do dano, encontrando fundamento no inciso VII do artigo 4º e no §1º do art. 14, ambos da Lei n. 6.938/81, ao dispor, respectivamente, a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente, bem como que essa responsabilidade é objetiva.

No âmbito criminal, a responsabilidade desencadeia a imposição de penas mais severas (multas, restrições de direitos e privação de liberdade), em razão do caráter estigmatizante do direito penal, levando-se em conta a gravidade do ato. E a maioria das condutas erigidas à categoria de tipos penais foram disciplinadas pela Lei n. 9.605/98.

A responsabilização administrativa provoca a aplicação de sanções administrativas vinculadas ao denominado poder de polícia²⁶, porém em matéria ambiental (interesse difuso e não público), como multas, apreensões de bens, suspensão de venda e fabricação de produtos, embargo ou demolição de obras (FIORILLO, 2014).

Vale ressaltar que, muito embora atue, sobretudo, em momento posterior, com a falha dos sistemas de precaução e prevenção, o princípio da responsabilidade também possui uma função pedagógica de prevenir tais danos, posto inibir (ainda que minimamente), por meio de exemplos, potenciais degradações.

O princípio da participação preconiza o papel da sociedade na gestão do meio ambiente, na atuação conjunta da tomada de decisões que possam afetar o equilíbrio ambiental.

Os indivíduos²⁷ têm o direito e o dever de participar diretamente na proteção da qualidade do meio ambiente, sem depender apenas de seus representantes políticos.

De mais a mais, a efetiva proteção do meio ambiente exige a participação democrática, que transmuda-se em verdadeiro princípio previsto na Constituição de 1988:

In Brasil, the principle of community participation is forecasted in article 225, caput of the 1988 Constitution, in the provision that assigns to the Public power and the collectivity the obligation to protect and preserve the environment for present and future generations.²⁸(RIBEIRO; THOMÉ, 2016, p. 74).

Essa participação pode ser efetivada tanto nas hipóteses de realização de plebiscitos, referendos, iniciativa legislativa popular, quanto em discussões em audiências públicas e na formulação de políticas públicas por meio de órgãos colegiados da sociedade civil.

²⁶ De acordo com o artigo 78 do Código Tributário Nacional, “considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

²⁷ Critica-se a “restrição” constitucional (artigo 5º, inciso LXXVIII) e legal (artigo 1º, §3º, da Lei n. 4.717/65) do legitimado a propor a ação popular, qual seja, o cidadão, no pleno gozo dos seus direitos políticos, sobretudo no direito difuso ao meio ambiente, cuja titularidade pertence a toda coletividade, ainda que não eleitora. Na verdade, a interpretação adequada dos dispositivos constitucionais amplia o conceito para “todos”, o que inclui qualquer pessoa interessada na defesa do meio ambiente.

²⁸ Tradução livre para o português: No Brasil, o princípio da participação comunitária está previsto no artigo 225, caput da Constituição de 1988, na disposição que atribui ao Poder Público e à coletividade a obrigação de proteger e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

A participação, inclusive, tem guarida internacional – Declaração Rio 92:

Princípio 10. A melhor maneira de tratar as questões ambientais é **assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados**. No nível nacional, **cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente** de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. **Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização** e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. (ONU, 1992, *online*). (Grifos nossos).

Nesse aspecto, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2014) entende que os princípios da informação e da educação ambiental estão contidos na participação. Afinal, as pessoas têm o direito de serem informadas e educadas (o que é dever do Poder Público) para que, assim, possam interferir ativamente na defesa e preservação do meio ambiente.

O acesso à informação é respaldado constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXXIII; artigo 225, §1º, inciso IV) e legalmente (artigos 6º, §3º, e 10, da Lei n. 6.938/81; artigo 2º, da Lei n. 10.650/03), sendo pressuposto para a efetividade da educação ambiental, também prezada pela Constituição (artigo 225, §1º, inciso VI) e descrita infraconstitucionalmente (artigo 2º, inciso X, da Lei n. 6.938/81; artigos 7º, inciso XI, 8º, inciso XI, e 9º, inciso XI, da Lei Complementar n. 140/11; e na Lei n. 9.795/99²⁹).

Por fim, tem-se aventado o princípio da vedação do retrocesso ambiental (THOMÉ, 2014) como sustentáculo para a manutenção ou aprimoramento, nunca regressão, das garantias logradas em matéria de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A vedação oriunda do princípio do não retrocesso social e partilha igual escopo – o meio ambiente tem natureza defensiva (negativa) e prestacional (positiva), “[...] que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo” (CANOTILHO, 2003, p. 338-339).

O Superior Tribunal de Justiça já avocou, em julgado precedente, o princípio da vedação do retrocesso como argumento para a tutela de vitórias ambientais:

²⁹ O artigo 1º compreende por educação ambiental “os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade”. (BRASIL, 1999).

[...] o exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição do retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes [...]. (Resp. 302.906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin).

O reconhecimento (ainda gradativo) do retrocesso ambiental é decorrência lógica do ordenamento jurídico-constitucional de salvaguarda dos progressos obtidos e mecanismo de proteção contra medidas legislativas³⁰ ou executivas involutivas:

A proibição do retrocesso em matéria ambiental vem exatamente no sentido de garantir que no evoluir do tempo, e na edição de novas normas e de sua aplicação, também se mantenha o piso de garantias constitucionalmente postas ou se avance na proteção do meio ambiente. (MILARÉ, 2011, p. 277).

É uma defesa da efetividade dos direitos fundamentais consagrados, contrária aos interesses espúrios diversos, econômicos ou políticos, alicerçada em uma vida sadia, ou seja, uma vida com dignidade.

Dessa feita, parte-se especialmente da dignidade da pessoa humana, a qual perpassa todo o ordenamento jurídico, posto constituir um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso 3º, da Constituição de 1988).

Conquanto a definição e a abrangência de dignidade humana sejam um tanto porosas, não sendo esta a proposta, é possível anuir que o princípio projeta a condição de pessoa, não objetificada, que deve ser respeitada contra qualquer tipo de violação ao seu pleno desenvolvimento, o que abarca os demais direitos e princípios fundamentais, como liberdade, igualdade e, claro, um ambiente equilibrado e sadio.

A partir de um direito constitucional que prima pela solidariedade, muito além de um aspecto puramente individual, há uma perspectiva social que resulta no compromisso ético e jurídico de dignidade para (e com) o outro. É o que se extrai da redação do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. (ONU, 1948, online).

³⁰ A Lei n. 12.651/12, que institui o novo Código Florestal, é alvo de questionamento nos dispositivos referentes às áreas de preservação permanente, à redução da reserva legal e à anistia para quem promove a degradação ambiental, justamente por denotarem retrocesso na defesa do meio ambiente. Sobre o assunto, conferir as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 4901, 4902 e 2903).

Em interessante artigo, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer sustentam uma dignidade intrínseca à vida em geral (humana e não humana), propondo uma dimensão ecológica do princípio:

Se a dignidade consiste em um valor próprio e distintivo que nós atribuímos à determinada manifestação existencial – no caso da dignidade da pessoa humana, a nós mesmos – é possível o reconhecimento do valor “dignidade” como inerente a outras formas de vida não-humanas. A própria vida, de um modo geral, guarda consigo o elemento dignidade, ainda mais quando a dependência existencial entre espécies naturais é cada vez mais reiterada no âmbito científico [...]. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2007, p. 85-86).

Essa compreensão segue o desenvolvimento feito neste ensaio de uma proteção ético-jurídica do meio ambiente, que contemple a materialização de deveres humanos em todas as suas relações, sejam sociais ou naturais, e forneça uma qualidade existencial para todos os seres, no presente e futuro.

5.3 A harmonização entre os princípios penais e ambientais

Um dos principais problemas que circunda a compatibilização do direito penal e ambiental concerne ao princípio da precaução frente ao sistema principiológico penal garantidor e limitador da pretensão estatal punitiva.

A imprecisão inerente ao discurso precaucional, e condicionante no cenário da sociedade de risco e de insegurança, acaba por macular o princípio da ofensividade (ou lesividade) e, por conseguinte, a função subsidiária do direito penal (BOTTINI, 2013).

Se não há periculosidade bem delineada, o que se reveste como instrumento em favor do ambiente, e mostra-se apropriado à defesa macro desse bem, expande, sem critérios claros, o aparato repressor e mais inexorável do Estado.

A vontade de coibir toda e qualquer conduta que possa agredir o meio é identicamente o embaraço do aspecto fragmentário do direito penal, próprio aos ataques mais graves e intoleráveis ao bem jurídico protegido.

Também tem enevado a aferição dos parâmetros de proporcionalidade penal, entre a seriedade do comportamento e a fixação da pena abstrata que, segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 218), ocorre diante da “[...] própria inexistência de conhecimento sobre o potencial lesivo da ação e sobre os bens jurídicos afetados por eventuais riscos produzidos”.

A resposta corriqueira é a denominada expansão do direito penal, recheado de crimes de perigo abstrato, de condutas típicas desproporcionais, indeterminadas, de elementos normativos e de normas penais em branco, acarretando, em última análise, no seu descrédito.

Isso não significa que os princípios ambientais e penais, ancorados constitucionalmente, não possam ser compatibilizados a fim de que haja o cumprimento dos seus objetivos fundantes.

Ululante, por exemplo, a aridez enfrentada na aceitação da responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, precipuamente diante dos princípios penais da culpabilidade e da pessoalidade. Mas se a previsão constitucional é explícita, não caberia aos juristas apenas torná-la plausível no plano técnico e funcional (o que, diga-se de passagem, a Lei de Crimes Ambientais não conseguiu fazer)? Ou, na verdade, há um equívoco na interpretação do texto da Constituição? A questão permanece polêmica e foge à finalidade almejada.

É necessário perquirir, portanto, em que medida a tipificação penal de atos somente potencialmente danosos deve ser admitida³¹, já que, como explicitado nos capítulos antecedentes, há espaço de intervenção para o direito penal ambiental.

Por outro lado, o princípio ambiental da prevenção facilita a cadência com os princípios penais, já que há certeza científica da periculosidade ou danosidade da conduta, afeta às novas tecnologias e produtos, e precisão sobre o bem jurídico tutelado e a severidade necessária da sanção penal.

Sabe-se que a construção legislativa da norma penal ambiental deve estar pautada nessas orientações, apesar da realidade da pressão midiática e popular em sentido totalmente contrário. Diante das falhas desse processo político criminal, caberá então ao intérprete e aplicador da norma afastar a legitimidade do direito penal, seja na atividade decisional diária ou no controle formal e específico de constitucionalidade.

Será que o constituinte e o legislador, ao estabelecerem a tutela penal do meio ambiente, quiseram evitar toda e qualquer lesão ao meio ambiente, ou se preocuparam somente com aquelas condutas que, efetivamente, tivessem alguma importância na alteração do equilíbrio ecológico?

A pergunta tem fundamento diante do valor e dimensão do meio ambiente e sua imprescindibilidade para a existência, sobrevivência e qualidade de vida de todos, o que

³¹ O direito penal pátrio admite a tipicidade de condutas, em si, sem lesão ou perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. É o caso, por exemplo, do porte ilegal de arma de fogo, delito de perigo abstrato, declarado constitucional, ainda que a arma esteja desmuniada (STF, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes).

levaria algumas pessoas a comparar a ofensa ao meio ambiente como um crime contra a própria vida, obstando, como já o é no delito de homicídio, a aplicabilidade da bagatela.

Cita-se o auxílio prestado ao intérprete do tipo penal por meio do princípio da insignificância, admitido na área ambiental (não unânime)³², com atuação delimitada e excludente de condutas inexpressivas da tutela penal, sem deixar de observar as peculiaridades e complexidade da temática e de conjugar os aspectos objetivos mencionados no julgado do Supremo Tribunal Federal.

Édis Milaré (2011) chama a atenção para a cautela necessária na aplicação do princípio da insignificância na seara do direito penal ambiental, eis que é de suma importância avaliar a proporção da lesão e sua repercussão nociva ao equilíbrio ecológico do meio ambiente.

Luiz Régis Prado (2012, p. 123) cita como exemplos da atipicidade material, em função do princípio da insignificância, “o abatimento de duas árvores de espécie nativa brasileira, que não afeta o equilíbrio ecológico local (...) o abatimento de uma espécie, que não acarrete prejuízo à cadeia alimentar e equilíbrio ecológico”. Percebe-se que os exemplos citados pelo doutrinador têm em foco a ausência do desequilíbrio ecológico como propiciador da atipicidade penal.

O autor ainda destaca que a aplicação do princípio não pode ocorrer sem alguns parâmetros, tendentes a rechaçar o mero arbítrio do julgador, tais como “a valoração socioeconômica média existente em determinada sociedade, culpabilidade, personalidade, conduta social, antecedentes, além da atenção às especificidades e complexidades próprias da tutela ambiental” (PRADO, 2012, p. 123), em conjugação com os limites buscados pela jurisprudência, mormente a do Supremo Tribunal Federal.

Adverte para a confusão feita, tanto na doutrina quanto nos julgados, da insignificância com a ausência da ofensividade ao bem jurídico resguardado, e acredita ser mais seguro, na maioria das situações, a aplicação de outros princípios penais, como o da referida lesividade ou ofensividade, da intervenção mínima (e fragmentariedade) e da proporcionalidade (PRADO, 2012).

Há, portanto, formas de seleção dos limites de incidência do direito penal ambiental, estabelecidos nos princípios que lhe são atinentes, ainda que feitas pelo intérprete e aplicador

³² Em manifestações sobre o tema, os Tribunais Superiores já utilizaram o princípio da insignificância nos crimes ambientais: STJ, HC 93.859-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 13/08/2009; STF, AP 439/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/02/2009. Em decisão mais recente, o Supremo Tribunal Federal (RHC 125566/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 28/11/2016) reconheceu expressamente a possibilidade da aplicação da insignificância, em tese, na seara penal ambiental, embora no caso concreto objeto da análise essa hipótese não tenha ocorrido.

da norma, inclinando-se a uma visão constitucional condizente com as respectivas matérias: a função mínima do direito penal, restrito à proteção dos ataques mais graves ao bem jurídico ambiental, com espeque no equilíbrio de uma vida digna e saudável para as presentes e futuras gerações.

6 ANÁLISE DOS TIPOS PENAIIS DA LEI N. 9605/98

A Lei n. 9.605/98 empenhou-se na tentativa de reunir de forma sistemática as condutas lesivas ao meio ambiente, tipificando-as administrativa e criminalmente, em atenção ao comando constitucional da tríplice responsabilização. Apesar de ser conhecida por “Lei de Crimes Ambientais” ou “Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente”, o texto legal trata de ambas as infrações, penais e administrativas³³.

Entretanto, e circunscrevendo-se aqui às infrações criminais, malgrado tenha encenado alguns avanços, o texto legal ostenta vícios graves, técnicos e jurídicos.

Anteriormente ao advento da citada legislação, diversos dispositivos esparsos disciplinavam os delitos contra o meio ambiente, dificultando ainda mais a aplicação esmerada da norma.

A Lei de Crimes Ambientais não arrematou esse ponto, uma vez que socorreu à fórmula geral “revogam-se as disposições em contrário” (artigo 82), adiando a análise das normas conflitantes, que coube aos intérpretes, os quais, não raras vezes, discordam acerca da vigência ou revogação (tácita) de determinadas infrações existentes formalmente na sistemática penal (SIRVINSKAS, 2011).

Registra-se que a especialidade da Lei n. 9.605/98 prevalece sobre as demais normas penais ambientais esparsas, subsidiárias, afastando-as caso tratem da mesma matéria ou sejam incompatíveis, conforme Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 2º, §1º, do Decreto-Lei n. 4.657/42).

Este capítulo, no entanto, restringir-se-á ao exame dos delitos em espécie da Lei n. 9.605/98, sendo que outros dispositivos, extravagantes, penais ou mesmo os genéricos e explicativos do próprio texto legal, poderão ser cotejados na explanação, apenas quando considerados relevantes para a abordagem e entendimento do tema em estudo.

6.1 A inconstitucionalidade e/ou inadequação dos tipos existentes

Sem adentrar a discussão sobre a possibilidade ou não de responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica na seara ambiental, bem como na análise de todas as dificuldades e falta de clareza no tratamento das penas específicas que lhe são cabíveis –

³³ Na verdade, o Decreto n. 6.514/08, que regulamentou a Lei n. 9.605/98, disciplina as infrações e respectivas sanções administrativas ao meio ambiente. Destarte, compreensível a rotulação.

artigos 8º a 13, 21 a 24 da Lei n. 9.605/98 (PRADO, 2012), vale registrar, por pertinência ao trabalho, elemento em branco no artigo 22, nitidamente inconstitucional.

Para tanto, é preciso lembrar: as penas aplicáveis (isolada, cumulativa ou alternativamente) às pessoas jurídicas são as de multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 21 da Lei n. 9.605/98.

Dentre as penas restritivas de direito, é prevista a suspensão parcial ou total de atividades (inciso I do artigo 22), que incidirá sempre que as pessoas jurídicas não obedecerem às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente (§1º do artigo 22).

Assim, há sinalização de flagrante lei penal em branco, já que “[...] passa a constituir crime toda e qualquer desobediência a qualquer disposição legal ou regulamentar ao meio ambiente” (LUISI, 2003, p. 99), além de não se saber “[...] qual o máximo ou o mínimo da pena a ser aplicado, tendo em vista a disposição legal ou regulamentar que tenha sido desobedecida” (LUISI, 2003, p. 99). Ou seja, tanto o fato criminoso, o quantitativo e tempo de pena são indeterminados.

A fórmula é aplicada também para as penas restritivas de direito de interdição temporária e de proibição de contratar com o Poder Público (incisos II e III do artigo 22), com incidências diante de violação de disposição legal ou regulamentar (§2º do artigo 22). Não se sabe, novamente, quais os ultrajes passíveis de tais sanções.

Pois bem. Ordenados do artigo 29 ao 69-A, os delitos contra o meio ambiente são divididos entre: os relacionados à fauna, do artigo 29 ao 35; à flora, artigo 38 ao 52; poluição e outros crimes ambientais, do artigo 54 ao 61; ordenamento urbano e patrimônio cultural, do artigo 62 ao 65, e administração ambiental, do artigo 66 ao 69-A. (BRASIL, 1998).

Quase todos os citados artigos padecem de algum defeito, sejam penas desproporcionais, expressões vagas e ambíguas, conceitos amplos e indeterminados, verdadeiros tipos penais abertos, com impropriedades técnicas, lógicas e lingüísticas, sejam excessivas cláusulas valorativas e leis penais em branco, sempre dependentes da autoridade administrativa (permissão, licença ou autorização). É o que se pretende expor.

6.1.1 Dos crimes contra a fauna

A fauna compreende o conjunto de animais que vivem em determinada época, região ou ambiente (FULGÊNCIO, 2007).

De acordo com o artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição de 1988, incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Para Luiz Régis Prado (2012), o constituinte projetou essa guarita a todos os animais irracionais, ainda que cumpram funções distintas no ambiente, caso dos domésticos e silvestres.

Não se duvida desse intento, mas sim da sua correspondência no plano infraconstitucional, e isso com base na péssima redação da Lei de Crimes Ambientais. Tanto que Luís Paulo Sirvinskas (2011) firmou posicionamento de que a lei não protege todos os animais, o que acabou mantendo dispositivos esparsos em vigor.

O artigo 29 da Lei n. 9.605/98 dispõe:

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.

§ 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

§3º **São espécimes da fauna silvestre** todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e **quaisquer outras**, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.

§4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

I - contra espécie rara ou considerada **ameaçada de extinção**, ainda que somente no local da infração;

II - em período proibido à caça;

III - durante a noite;

IV - com abuso de licença;

V - em unidade de conservação;

VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

§5º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional.

§6º As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca. (Grifos nossos).

É expressa a salvaguarda apenas da fauna silvestre nesse delito, abarcada pelos animais que vivem, naturalmente, afastados do ambiente humano. Atenta-se que enquanto o

caput do artigo 29 engloba os espécimes “nativos ou em rota migratória”, o § 3º acrescenta ao conceito a expressão “e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres” (SIRVINSKAS, 2011).

A atecnia não passou despercebida, já que “a criação de conceitos diversos versando sobre a mesma matéria – fauna – não contribui para uma melhor tutela do ambiente, mas serve tão somente para gerar ambiguidade e discussão, onde deveria haver solução legal” (PRADO, 2012, p. 187).

A confusão legislativa é ainda comprovada, segundo Sirvinskas (2011, p. 166), pelo §6º, ao ressaltar “que as disposições do artigo não se aplicam aos atos de pesca, apesar de se falar em espécies aquáticas”.

A conduta somente será típica se praticada sem licença, permissão ou autorização³⁴, bem como contrariamente a esses atos administrativos.

Tanto para a isenção de pena do §2º quanto para o aumento de pena do §4º, o rol de espécies raras ou ameaçadas de extinção, bem como o período proibido à caça, é apresentado por normas administrativas do poder executivo federal, constituindo hipóteses de leis penais em branco heterogêneas.

Registra-se que a infração administrativa do artigo 24 do Decreto n. 6.514/08, que regulamentou a Lei de Crimes Ambientais no que tange às infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, possui prescrição idêntica ao crime ambiental, o que denota o uso simbólico do direito penal. Aliás, essa coincidência ocorre em quase todos os outros tipos penais e administrativos na esfera ambiental (RIBEIRO; COSTA, 2016).

O artigo 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” é rechaçado pela previsão pleonástica, já que exportar significa enviar para o estrangeiro, sem necessidade do emprego “para o exterior”. A incorreção linguística foi herdada da Lei n. 5.197/67, gerando questionamentos sobre o estudo sério para a aprovação do texto legal de 1998. Não há outras questões cruciais, além da alertada necessidade de autorização administrativa para a atipicidade da conduta.

Objeto de intensas e abertas querelas, o artigo 32 apresenta redação imprecisa e deficiente, senão vejamos:

³⁴ Os termos constituem elementos normativos jurídicos: a licença é ato vinculado, isto é, uma vez atendidas as exigências, o administrador é obrigado a concedê-la, constituindo direito subjetivo do interessado; a autorização, por sua vez, é ato discricionário e precário, cujo deferimento depende de oportunidade e conveniência da administração para a realização de alguma atividade ou uso de bem público; já a permissão, também discricionária e precária, é ato que concede alguma conduta com interesse para a coletividade (JUSTEN FILHO, 2016).

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

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

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

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

De início, as expressões ato de abuso e maus-tratos não apresentam significados precisos e taxativos, podendo incluir tudo ou nada, dependendo da interpretação feita, atualmente divergente e variável.

Para Sirvinskas (2011), melhor seria que a definição extensa dos comportamentos tidos por maus-tratos, nos trinta e um incisos do revogado Decreto n. 24.645/34 (artigo 3º)³⁵, funcionasse como subsídio exemplificativo.

³⁵ Art. 3º - Consideram-se maus tratos: I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal; II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz; III - obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo; IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou interesse da ciência; V - abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária; VI - não dar morte rápida, livre de sofrimento prolongados, a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo ou não; VII - abater para o consumo ou fazer trabalhar os animais em período adiantado de gestação; VIII - atrelar, no mesmo veículo, instrumento agrícola ou industrial, bovinos com equinos, com muares ou com asininos, sendo somente permitido o trabalho em conjunto a animais da mesma espécie; IX - atrelar animais a veículos sem os apetrechos indispensáveis, como sejam balancins, ganchos e lanças ou com arreios incompletos, incômodos ou em mau estado, ou com acréscimo de acessórios que os molestem ou lhes perturbem o funcionamento do organismo; X - utilizar, em serviço, animal cego, ferido, enfermo, fraco, extenuado ou desferrado, sendo que este último caso somente se aplica a localidades com ruas calçadas; XI - açoitar, golpear ou castigar por qualquer forma a um animal caído sob o veículo, ou com ele, devendo o condutor desprendê-lo do tiro para levantar-se; XII - descer ladeiras com veículos de tração animal sem utilização das respectivas travas, cujo uso é obrigatório; XIII - deixar de revestir com o couro ou material com idêntica qualidade de proteção, as correntes atreladas aos animais de tiro; XIV - conduzir veículo de tração animal, dirigido por condutor sentado, sem que o mesmo tenha boléia fixa e arreios apropriados, com tesouras, pontas de guia e retranca; XV - prender animais atrás dos veículos ou atados às caudas de outros; XVI - fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de 6 horas contínuas sem lhe dar água e alimento; XVII - conservar animais embarcados por mais de 12 horas, sem água e alimento, devendo as empresas de transportes providenciar, sobre as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 meses a partir da publicação desta Lei; XVIII - conduzir animais, por qualquer meio de locomoção, colocados de cabeça para baixo, de mãos ou pés atados, ou de qualquer modo que lhes produza sofrimento; XIX - transportar animais em cestos, gaiolas ou veículos sem as proporções necessárias ao seu tamanho e números de cabeças, e sem que o meio de condução em que estão encerrados esteja protegido por uma rede metálica ou idêntica, que impeça a saída de qualquer membro animal; XX - encerrar em curral ou outros lugares animais em número tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água e alimento por mais de 12 horas; XXI - deixar sem ordenhar as vacas por mais de 24 horas, quando utilizadas na exploração do leite; XXII - ter animais encerrados juntamente com outros que os aterrorizem ou molestem; XXIII - ter animais destinados à venda em locais que não reúnam as condições de higiene e comodidades relativas; XXIV - expor, nos mercados e outros locais de venda, por mais de 12 horas, aves em gaiolas, sem que se faça nestas a devida limpeza e renovação de água e alimento; XXV - engordar aves mecanicamente; XXVI - despelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos a alimentação de outros; XXVII - ministrar ensino a animais com maus tratos físicos; XXVIII - exercitar tiro ao alvo sobre patos ou qualquer animal selvagem ou sobre pombos, nas sociedades, clubes de caça, inscritos no Serviço de Caça e Pesca; XXIX - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécies ou de

Lembre-se que a terminologia maus-tratos é utilizada para tipificar a conduta do artigo 136 do Código Penal:

Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, **quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção** ou disciplina:
Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. (Grifos nossos).

É um ponto de partida para a aplicação do delito ambiental, já que, na concepção que reconhece intrínseco valor à natureza, os animais não humanos também têm direitos (à vida, integridade física, saúde e liberdade), embora haja quem ainda afaste e permaneça resistente a essa possibilidade de equiparação.

De qualquer modo, critica-se a desarrazoabilidade entre a sanção mínima cominada do artigo 136, *caput*, do Código Penal e a do artigo 32, *caput*, da Lei n. 9605/98, já que esta última é menos severa que a disposta para a prática de maus-tratos aos seres humanos.

Outra celeuma refere-se ao objeto material do dispositivo: animal silvestre ou qualquer animal? Nucci (2012) e Sirvinskas (2011) atestam que a lei restringiu a proteção à fauna silvestre, enquanto Prado (2012) sustenta que o crime tutela também os animais domésticos, os quais têm dependência e proximidade com o homem.

A discrepância tem bons motivos diante das distorções criadas pelo legislador que, após mencionar os animais silvestres, colocou entre vírgulas os vocábulos “domésticos ou domesticados”, “nativos ou exóticos”.

Assim, para os dois primeiros autores, a norma veda o ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar o animal silvestre (selvagem), que “pode ser doméstico (criado dentro de casa desde pequeno), domesticado (amansado, domado), nativo (oriundo da fauna brasileira) ou exótico (oriundo da fauna estrangeira)” (NUCCI, 2012, p. 552).

E nesse diapasão, o artigo 64 da Lei de Contravenções Penais, “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo”, continuaria em vigor, posto sem adjetivação, ou seja, pode ser aplicado a qualquer animal, excetuado o silvestre, como cães, gatos e cavalos (NUCCI, 2012), posicionamento logicamente repellido pelo último autor, para quem a contravenção foi tacitamente revogada (PRADO, 2012).

espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado; XXX - arrojando aves e outros animais nas casas de espetáculos e exibí-los, para tirar sortes ou realizar acrobacias; XXXI - transportar, negociar ou caçar, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flores, e outras aves de pequeno porte, exceção feita das autorizações para fins científicos, consignadas em lei anterior.

O debate, no entanto, não é aprofundado pelos tribunais superiores, que se limitam a incluir os animais domésticos no crime do artigo 32 da Lei n. 9605/98, em observância clara ao mandamento constitucional, mais abrangente.

Ao contrário do artigo 29, que tem a conduta de matar integrante nuclear do tipo, o mesmo verbo não está previsto no artigo 32 (BRASIL, 1998). Trata-se de falha legislativa grave, pois ainda que se entenda que o artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais abrangeu os animais domésticos, estes poderão perder a vida por livre arbítrio do homem (e.g., um disparo com arma de fogo), sem que haja punição, em observância ao princípio da legalidade.

Ademais, sobre a previsão da morte do animal no parágrafo do artigo 32:

Não há que confundir o disposto no §2º que determina o aumento de pena em caso de morte do animal por dizer respeito à morte decorrente do emprego dos maus tratos, abuso, ferimento ou mutilação. Nesse sentido, é possível matar um animal sem praticar maus tratos ou ato de abuso, por simples vontade humana, diretamente. De mais a mais, diferentes são os dolos de matar e maltratar. [...] deixando desguarnecido o animal que morre por prazer e egoísmo do homem. (RIBEIRO; COELHO, 2017, p. 52).

Em respeito à proporcionalidade, deveria existir outro parágrafo para a morte do animal ocasionada por simples liberalidade.

Por fim, o §1º configura lei penal em branco homogênea, já que o uso autorizado de animais em experimentos científicos é regulamentado pela Lei n. 11.794/08, com regras e critérios específicos para a não criminalização. A norma complementar é lei federal, portanto, sem grandes problemas quanto à construção da norma penal ambiental.

O imbróglio cinge ao efetivo controle dos estabelecimentos didáticos ou científicos, bem como da real consideração de alternativas, que incluem até a possível dispensa de teste em animal (TUGLIO, 2010).

Quanto ao artigo 33, “provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras”, cabe registrar que o parágrafo único, inciso III, “quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica” (BRASIL, 1998) é lei penal em branco heterogênea, pois os lugares proibidos de ancorar embarcação e tampouco atirar detritos carecem de consulta.

De acordo com o artigo 34:

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

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

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

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

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

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

O conceito de pesca consta no artigo 36 como “todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico [...]”. A parte final, que ressalva “as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora”, classifica o dispositivo enquanto lei penal em branco heterogênea.

Na verdade, o tipo em análise é todo formado de elementos em branco, eis que legislação e normas administrativas fornecem os parâmetros para a pesca autorizada (Lei n. 11959/09, que regula as atividades pesqueiras), bem como a quantidade permitida, o tamanho mínimo e o material a ser utilizado (normas administrativas).

Nada obstante o entendimento sobre a revogação da Lei n. 7.643/87 (PRADO, 2012), o Superior Tribunal de Justiça (HC 19.279/SC) a considerou vigente, de forma que a pesca ou molestamento dos cetáceos (mamíferos como baleias e golfinhos), espécimes não previstas no artigo 36, segue coibida.

E o desagrado sobeja a desproporção entre a pena (de dois a cinco anos) e a lesão ao bem ambiental, ao considerar iguais a morte, o dano ou o mero estresse acarretado a essa espécie, portanto, de duvidosa constitucionalidade.

O artigo 35 prescreve: “pescar mediante a utilização de: I - explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; II - substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente: Pena - reclusão de um ano a cinco anos”. (BRASIL, 1998).

Trata-se de lei penal em branco, já que os outros meios similares proibidos (incisos I e II) são estabelecidos por norma complementar.

Luiz Regis Prado (2012) evidencia a impertinência da locução “substâncias” do inciso I (poderia ser “meios ou artefatos”), que pode confundir com a escolha de “substâncias tóxicas” do inciso II.

6.1.2 Dos crimes contra a flora

A flora é o conjunto de espécies vegetais de uma determinada região, país ou ambiente. (FULGÊNCIO, 2007) e está intimamente ligada com a fauna e demais seres, em uma simbiose contínua e mútua.

Os animais dependem de um habitat e dos alimentos nele proporcionados, assim como a flora depende dessa interação com os seres, responsável pela diversidade biológica.

Dos artigos 38 ao 48 há elementos normativos (mata, floresta, permissão) e inúmeros elementos em branco, cujos respectivos complementos podem ser encontrados ora na Lei n. 12.651/12 – Código Florestal e outras legislações, ora em normas administrativas diversas, tais como:

No artigo 38, o que seja preservação permanente (tal qual no 39) e quais as normas de proteção; no artigo 38-A, o Bioma Mata Atlântica e a vegetação primária e secundária, nos estágios avançados; no artigo 40, unidades de conservação; no artigo 45, a madeira de lei, em desacordo com as determinações legais; no artigo 50, o objeto de especial preservação.

Luiz Regis Prado destaca a desproporcionalidade das sanções das condutas dos artigos 38 e 39 (de um a três anos), “pois o agente que cortar uma ou algumas árvores será punido com a mesma pena daquele que destrói uma floresta inteira considerada de preservação permanente”. (PRADO, 2012, p. 230).

Aliás, o princípio da proporcionalidade é também maculado na comparação dos artigos 40 e 50, já que qualquer dano em Unidade de Conservação, mesmo no espiritual dano indireto, enseja a pena de um a cinco anos de reclusão, e a completa destruição de floresta nativa comina uma pena de três meses a um ano de detenção. (MILARÉ, 2011).

Cabe salientar mais desprimores nos delitos contra a flora, entre os quais os observados nos artigos 40 e 40-A:

Art. 40. Causar **dano direto ou indireto** às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

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

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

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

Art. 40-A. (VETADO)

§1º Entende-se por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

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

§3º **Se o crime for culposo**, a pena será reduzida à metade. (BRASIL, 1998). (Grifos nossos).

Em razão das mudanças legislativas, principalmente da sanção e dos vetos presidenciais, operando distinção entre unidades de conservação de proteção integral no §1º do artigo 40, e unidades de conservação de uso sustentável no §1º do artigo 40-A, e o veto do *caput* do artigo 40-A, não há que falar em crime se houver dano direto ou indireto às unidades de conservação de uso sustentável, ancorado no princípio da legalidade (LEONARDO, 2002).

Afinal, o que significa dano indireto? Ou mesmo o direto? A expressão é totalmente nebulosa e vista como inconstitucional, sobretudo o §3º que permite a figura culposa do dano indireto! (PRADO, 2012).

E a obscuridade foi transplantada ao artigo 40-A, que prevê a modalidade culposa de uma previsão dolosa inexistente, uma vez vetada, ou seja, pena sem delito.

Ademais, a adoção do dano culposo nos delitos ambientais é bastante rejeitada, já que o próprio Código Penal assim não o faz, parecendo, mais uma vez, caso de um direito penal retórico. Suficiente a infração administrativa.

É o caso do artigo 49:

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

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

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

A bizarrice, segundo ironizado por Miguel Reale Júnior e mencionado por Luisi (2003, p. 97), é que “se pisarmos, inadvertidamente, por desatenção, na begônia do jardim do vizinho passaremos a ser delinquentes ecológicos”.

E, a despeito da proibição, muitas pessoas produzem o dano, em frontal ausência de noção ou mesmo descaso com a previsão de sanção criminal – pois, a rigor, nunca serão punidas ou severamente advertidas por quem tem o real conhecimento -, esmaecendo o papel do direito penal na sociedade.

Já o artigo 50 revela absurdo inconstitucional em seu §2º:

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

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

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

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

Ora, segundo o disposto pela causa de aumento, se houver a exploração de uma área de dez mil hectares (cem mil metros quadrados, já que um hectare corresponde a dez mil metros quadrados), é possível trabalhar com uma condenação de pelo menos 12 anos de prisão (dois anos somados aos dez anos – um ano por milhar). (PRADO, 2012). Isso sem desconsiderar a admissibilidade de pena mais rigorosa, conforme a área.

O artigo 51, “comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente” e o artigo 52, “penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente” são exemplos de criminalização de meras desobediências administrativas, sem a previsão de nenhum resultado material.

O que tem o direito penal com o simples comércio de motosserra? E o ato preparatório do artigo 52, como é a regra no direito penal, não deveria ocupar a seara criminal. Assim sendo, deveriam restringir-se às infrações administrativas, demonstrando um despreparo e exagero jurídico-penal do legislador.

6.1.3 Poluição e outros crimes ambientais

A poluição atenta contra o ambiente de inúmeras formas, podendo ser definida por:

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitária do meio ambiente e a qualidade dos recursos ambientais. (FULGÊNCIO, 2007, p. 488).

Parece que essa complexidade foi lançada impensadamente no delito do artigo 54, que prevê: “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a

destruição significativa da flora” (BRASIL, 1998), margeando uma série de dubiedades e inseguranças.

As expressões utilizadas no *caput* (“de qualquer natureza”, “em níveis tais”, “mortandade” e “significativa”) são demasiadamente amplas e incompatíveis com a taxatividade da lei penal: a primeira abarca diferentes (e todas) espécies de poluição, da mesma maneira; a segunda alarga a possibilidade de arbitrariedades do intérprete; a terceira e a quarta não explicam o conteúdo, a quantidade a ser considerada. (PRADO, 2012).

Consoante Édis Milaré, a constitucionalidade do tipo é então questionável:

[...] eis que demasiadamente aberto, destoante das exigências do princípio da legalidade e agressivo aos princípios da ampla defesa e contraditório. Poluição em “níveis tais” e “destruição significativa” da flora encerram situações obscuras, ficando o seu entendimento e esclarecimento ao arbítrio do julgador, o que não se afaz com um Direito Penal moderno, que quer ver o transgressor sujeito à determinação da lei. A condenação justa é a que garante ao acusado a ampla defesa, o que será possível se a ele for imputado um fato certo descrito como crime. (MILARÉ, 2011, p. 375).

E o dispositivo avança sem transparência nos parágrafos, com o uso dos vocábulos “imprópria” e “ainda que momentânea” (incisos I e II do §2º) e com os elementos em branco contidos “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos” (inciso V do §2º). (BRASIL, 1998).

A previsão mais gravosa, contudo, encontra-se no §3º, ao estabelecer: “incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”. (BRASIL, 1998).

A lei penal em branco heterogênea, disposta em “quando assim o exigir a autoridade competente”, relega a criação de um tipo penal ao puro arbítrio da autoridade ambiental, oportunizando ações corruptas e abusivas (RIBEIRO; COELHO, 2016).

O administrador torna-se legislador de casos concretos, como explicitado por Marcelo Leonardo:

Neste tipo penal, no entanto, transferiu-se para o fiscal do meio ambiente (de órgão ambiental federal, estadual ou municipal) o poder de singularizar a norma penal para transformar em crime uma conduta omissiva de uma empresa ou pessoa física determinada que venha a deixar de adotar uma certa medida de precaução que aquela autoridade lhe exigiu. (LEONARDO, 2002, p. 165).

O tipo demonstra a tentativa de transportar, de todo jeito, o princípio ambiental da precaução para o direito penal, mas é inconstitucional.

Por sua vez, os artigos 56 e 60 são constituídos de elementos em branco, descritos nas expressões, respectivamente, “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” e “contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes”. (BRASIL, 1998).

6.1.4 Dos crimes contra o patrimônio cultural, a ordenação do território e de dano

A importância de todos os ambientes, dentro da classificação didática anteriormente salientada, impôs a disciplina do ordenamento urbano e do patrimônio cultural, compreendidos enquanto o meio artificial e o cultural.

Os dispositivos 62, 63 e 65 consignam leis penais em branco nos seguintes elementos: “protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial” (62 e 63) e “observância das posturas municipais e das normas editadas pelo órgãos governamentais” (65), senão vejamos:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

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

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

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

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa. (BRASIL, 1998). (Grifos nossos).

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

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. (BRASIL, 1998). (Grifos nossos).

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

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa.

§2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das **posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis** pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (BRASIL, 1998). (Grifos nossos).

Luiz Regis Prado faz duas ponderações relevantes em relação ao artigo 63:

A primeira concerne ao fato de que a norma complementar do elemento em branco pode ser decisão judicial, uma raridade, já que na maioria dos casos o colmatamento é feito por atos administrativos.

A segunda refere-se aos vários termos (valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico, monumental) que “[...] dão lugar a conceitos vagos, de difícil apreensão, e que muitas vezes se encontram incertos em outro mais abarcante ou são a ele reconduzíveis (v.g., cultural)”. (PRADO, 2012, p. 319).

6.1.5 Dos crimes contra a administração ambiental

A Lei de Crimes Ambientais reservou os artigos finais para as condutas delituosas praticadas por funcionários públicos e particulares em detrimento da Administração Pública ambiental, ou seja, que dificultem ou violem o cumprimento dos objetivos específicos de fomento, prevenção, conservação, proteção e melhoria da qualidade ambiental.

Configuram delitos especiais e semelhantes aos agasalhados no Código Penal (artigo 312 e seguintes; e 328 e seguintes) e na Lei de Improbidade Administrativa (artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92). (SIRVINSKAS, 2011).

Estranha-se que, apesar de todas as penas privativas de liberdade cominadas preverem mesmo mínimo e máximo, o artigo 66 é o único que tem a espécie mais grave (reclusão), sendo que a conduta é mais branda quando comparada à prevista no artigo 67. (PRADO, 2012).

Como de praxe, os dispositivos contêm elementos em branco: “em desacordo com as normas ambientais”, no artigo 67, e “dever legal ou contratual”, no artigo 68.

O artigo 68 prevê a conduta de “deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”. (BRASIL, 1998).

A locução “obrigação de relevante interesse ambiental”, no entanto, exprime incerteza, fluidez, subjetividade, indefinição. E passa a tarefa ao julgador, que não é competente. A insegurança é agravada porque também existe a forma culposa.

No caso dos resíduos sólidos, a Lei n. 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) descreveu as situações de relevante interesse ambiental no seu bojo, conforme prescrito no artigo 52: “a observância do disposto no caput do art. 23 e no §2º do art. 39 desta Lei é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para efeitos do art. 68 da Lei nº 9.605, de 1998 [...]”.

Os citados artigos 23, *caput*, e 39, §2º, da Lei Nacional de Resíduos Sólidos, assim determinam:

Art. 23. Os responsáveis por plano de gerenciamento de resíduos sólidos manterão atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente, ao órgão licenciador do Sisnama e a outras autoridades, informações completas sobre a implementação e a operacionalização do plano sob sua responsabilidade.

Art. 39. As pessoas jurídicas referidas no art. 38 são obrigadas a elaborar plano de gerenciamento de resíduos perigosos e submetê-lo ao órgão competente do Sisnama e, se couber, do SNVS, observado o conteúdo mínimo estabelecido no art. 21 e demais exigências previstas em regulamento ou em normas técnicas.

[...]

§2º Cabe às pessoas jurídicas referidas no art. 38:

I - manter registro atualizado e facilmente acessível de todos os procedimentos relacionados à implementação e à operacionalização do plano previsto no *caput*;

II - informar anualmente ao órgão competente do Sisnama e, se couber, do SNVS, sobre a quantidade, a natureza e a destinação temporária ou final dos resíduos sob sua responsabilidade;

III - adotar medidas destinadas a reduzir o volume e a periculosidade dos resíduos sob sua responsabilidade, bem como a aperfeiçoar seu gerenciamento;

IV - informar imediatamente aos órgãos competentes sobre a ocorrência de acidentes ou outros sinistros relacionados aos resíduos perigosos.

Com efeito, segundo Nucci (2007), essa complementação pode ter indicado que o artigo 68 também configura lei penal em branco na expressão “obrigação de relevante interesse ambiental”.

Porém, desconhecem-se outras complementações explícitas, valendo o alerta de Freitas (2000, p. 216) sobre o cuidado de “[...] submeter cidadãos às agruras do processo penal, sem que haja justa causa. Se não houver discernimento na apreciação dos fatos, as mais variadas atividades poderão, sob o critério subjetivo [...] configurar esse crime, em tese”.

Portanto, patente os infortúnios da Lei de Crimes Ambientais, que precisa urgentemente de reformulação, seja extirpando tipos inconstitucionais ou que devam configurar meros ilícitos administrativos, seja alterando e melhorando a redação para fins de conformidade às especificidades da construção da norma penal ambiental, explicitadas no próximo capítulo.

7 AS ESPECIFICIDADES DA LEI PENAL AMBIENTAL

A facilidade de identificação de problemas na Lei de Crimes Ambientais não encontra reciprocidade nas propostas para a adequada construção dos dispositivos, à luz das especificidades do direito penal (princípios e garantias do cidadão) e ambiental (a prevenção dos riscos ao meio ambiente).

As respostas mais comuns cingem-se ao reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos artigos, distantes, porém, da discussão centrada de como elaborar e quais os limites dessa criação normativa em uma sociedade moderna, imperada pelos riscos ambientais e ávida por segurança.

A confecção ideal da lei penal deve evitar erros crassos da Língua Portuguesa, palavras dúbias, indefinidas e abertas, bem como o uso exagerado de elementos normativos e, para o presente estudo, de elementos em branco, em respeito aos princípios penais constitucionais.

Em relação à técnica em comento, há nebulosidade acerca dos limites na definição da conduta proibida pela norma complementadora da lei penal em branco, homogênea e heterogênea. Ora, o uso livre e ilimitado, ultimamente em demasia, infringe garantias fundamentais, o que não impede a sua apropriada restrição e, assim, a possibilidade da lei em branco nos delitos ambientais.

Os Tribunais Superiores brasileiros, como mencionado no primeiro capítulo, não abordam as agudezas da técnica da lei penal em branco, talvez porque também inexista o solidificado aporte doutrinário, embora seja esperada uma atuação juridicamente mais diligente por parte dos julgadores do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Aliás, há duas décadas que esse controle tem sido realizado na jurisprudência comparada, pelas Supremas Cortes espanhola e italiana, que já se pronunciaram sobre os limites constitucionais da técnica de remissão à norma de complementação das leis penais em branco.

Poucos autores mencionam sobre a necessidade de critérios essenciais para a utilização do elemento em branco na lei penal e, mais raro ainda, aqueles que se empenham a traçar essas balizas mínimas de forma aperfeiçoada, como o faz Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (2016), referencial atualizado nesse aspecto.

Isso porque não merece prosperar o aceite de uma função integral de definição do ilícito pelas normas de complementação da lei penal em branco, em ofensa clara ao primado

da produção legislativa e determinada da norma penal incriminadora, o que revela a administrativização do direito penal, eis que este apenas empresta uma sanção (criminal) a uma infração essencialmente administrativa, como ocorre no §3º do artigo 54 da Lei n. 9.605/98.

Antes disso, a outra posição extremista que retira qualquer papel da norma de complementação na determinação da conduta proibida, por inconstitucionalidade decorrente da ofensa ao postulado da reserva legal, além de desconsiderar a utilidade do recurso, parece fazer uma interpretação às avessas ao princípio constitucional federalista.

A competência privativa da União em legislar sobre direito penal não inabilita que se delegue a tarefa aos Estados, por meio de lei complementar – artigo 22, inciso I e parágrafo único, da Constituição de 1988.

A lei estadual fica proibida de definir completamente a conduta proibida, caso não seja autorizada a tanto, mas isso não veda que os Estados e Municípios participem, no âmbito de suas competências constitucionais, contribuindo tecnicamente segundo as especificidades regionais e locais. Trata-se de uma postura constitucional adotada implicitamente. (MENDONÇA, 2016).

Fato é que a proteção constitucional do meio ambiente estendeu a competência administrativa a todos os entes federados (comum), e repartiu a competência legislativa conforme a predominância do interesse (BRASIL, 1988), seguindo o modelo cooperativo de federalismo.

Nesse sentido, vale o registro acerca da primordial função da democracia na atualização das vitórias constitucionais, por mais rígidas que possam parecer, inclusive no processo de criação da legislação penal:

a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário. (GODOY, 2010, p. 166).

Daí a importância de se revisitar os princípios penais e ambientais para harmonizá-los em prol da tutela penal do meio ambiente, sem que isso signifique a perda das garantias do próprio povo, ou seja, retrocesso em variadas formas.

7.1 Uma construção adequada de lei penal ambiental em branco

A Corte Constitucional italiana, em precedente de 1966, consignou que a lei penal precisa “[...] indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e il limiti dei provvedimenti dell’ autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguir la pena³⁶”. (REPUBBLICA ITALIANA, 1966, online). Recomendou, pois, parâmetros para a constitucionalidade da lei penal em branco.

De certa forma, atendem às exigências do Tribunal Constitucional espanhol, na sentença n. 127/1990:

[...] siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada³⁷. (ESPANHA, 1990, online).

Em resumo, a legitimidade da técnica de remissão das leis penais em branco, na decisão espanhola, é concretizada desde que: o reenvio esteja justificado em razão do bem jurídico protegido pelo direito penal (parâmetro material), além de ser expresso; a lei faça previsão da pena e contenha o núcleo essencial da proibição, com clareza e certeza suficientes (parâmetro formal).

Com efeito, a delimitação da lei penal em branco é contemplada sob duas divisões: material e formal (MENDONÇA, 2016). A primeira condiz com os argumentos de política-criminal que justificam a constitucionalidade genérica da técnica, enquanto a segunda é traduzida na configuração de limites à norma de complementação ou, *mutatis mutandis*, do que está essencialmente reservado à lei penal em branco.

7.1.1 Limitação material da lei penal em branco

³⁶ Tradução livre para o português: “[...] especificar os pressupostos, os caracteres, o conteúdo e os limites das medidas da autoridade não legislativa, cuja transgressão deve ser seguida.”

³⁷ Tradução livre para o português: “[...] desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos: a remessa normativa seja expressa e justificada em virtude do direito legal protegido pela norma criminal; que a lei, além de apontar a sentença, contenha o núcleo essencial da proibição e satisfaça o requisito de certeza ou, como indicado no referido STC 122/1987, é dada especificidade suficiente, de modo que a conduta classificada como criminosa é suficientemente especificada com o complemento indispensável da norma a que se refere a lei penal e, como resultado, há salvaguarda da função de garantia do tipo penal diante da possibilidade de conhecimento da ação criminalmente determinada.

Na verdade, a justificativa material é atribuída às duas espécies de lei penal em branco: homogênea e heterogênea.

Na homogênea, condiz com a primazia da unidade do ordenamento jurídico conferida pela norma de complementação.

Na heterogênea, coincide com aquelas características preponderantes dos bens jurídicos transindividuais: extremamente normatizados por áreas estranhas ao direito penal, exigem conhecimento técnico e específico sujeito à flexibilização, posto bastante volúveis no tempo.

Como a lei penal em branco heterogênea está fatalmente relacionada à norma extrapenal, esta ainda poderá carecer de conhecimento técnico ou demonstrar instabilidade temporal. Basta uma ou outra para o fundamento material, não sendo três características obrigatoriamente cumulativas. (MENDONÇA, 2016).

Segundo Tarcísio Mendonça:

[...] buscam-se bens jurídicos que só podem ser tutelados de forma eficiente, em razão de suas especificidades, se utilizada a técnica da remissão normativa. [...] que tutelam matérias permeáveis às particularidades regionais e locais. Para a tutela destes bens jurídicos, seria admissível a utilização de leis penais em branco que tivessem leis estaduais, municipais ou normas administrativas estaduais ou municipais como normas de complementação. (MENDONÇA, 2016, p. 147).

O socorro cabe, portanto, à lei penal em branco heterogênea que remete o intérprete à norma extrapenal complementadora, integrando-a à lei incriminadora, preferível diante de possíveis expressões abertas e indefinidas, assim, mais inadequadas em termos do postulado da determinação-taxativa.

Superado o escopo material, passa-se à tarefa de demarcação formal, das fontes legítimas de complementação e do objeto proibitivo abarcado.

7.1.2 Limitação formal da lei penal em branco

Bitencourt (2007), Prado (2012) e Alflen da Silva (2007) concordam que, além da necessidade da lei penal em branco para determinadas matérias (delimitação material), o elemento em branco não pode ser totalmente completado no aspecto da conduta criminalizada, demandando uma margem de proibição nuclear para a lei penal em branco. Muito embora cite um limite formal, não formulam critérios precisos sobre o assunto.

Para Alflen da Silva (2007), que vai um pouco além nessa tentativa, a descrição essencial da lei penal em branco diz respeito à possibilidade de conhecimento do conteúdo proibitivo e da respectiva pena pelo cidadão.

Porém, como advertido por Mendonça (2016), Alflen não consegue estabelecer regras para que essa compreensão seja possível aos destinatários com a leitura da lei penal, e acaba por atribuir função meramente regulamentadora às normas de complementação, quando estas possuem também aplicabilidade ora na prescrição ora na exclusão do injusto.

Tarcísio Mendonça explica que uma limitação formal suficiente opera para a preservação dos postulados da determinação e da reserva legal:

O estudo das formas possíveis da remissão normativa tem como referência o princípio da determinação. As possibilidades de a norma de complementação definir o conteúdo da conduta proibida, as funções desempenhadas pelas mais diversas modalidades de integração normativa e a legitimidade da fonte da norma de complementação dizem respeito ao princípio da reserva legal. (MENDONÇA, 2016, p. 172).

As formas de remissão, que funcionam tanto para a lei penal em branco homogênea quanto para a lei penal em branco heterogênea, são: remissões explícitas e implícitas; dinâmicas e estáticas; geral e especial; e as sucessivas.

Já as restrições da norma de complementação à definição do conteúdo proibido (mínimo essencial da lei penal em branco), as funções por ela desempenhadas na integração normativa (interpretativa, restritiva do conteúdo do injusto e ampliativa do conteúdo do injusto), bem como a legitimidade das fontes das normas de complementação (lei ou normas administrativas estaduais e municipais), referem-se à lei penal em branco heterogênea.

7.1.2.1 Das formas de remissão e o postulado da determinação

O direito penal brasileiro contém leis penais em branco com remissão expressa, isto é, com referência escrita à norma complementar pela lei penal em branco; e tácita, ou seja, sem a menção de qual seja a norma complementadora, que será encontrada diante da busca interpretativa do elemento em branco, ora mais fácil ou mais difícil.

Como explicitado algures, para o Tribunal espanhol, faz-se necessário que o reenvio normativo à norma de complementação seja expreso.

A maioria das leis penais em branco existentes prevê remissão tácita. É o caso da Lei de Crimes Ambientais, objeto especial da presente pesquisa, cujo artigo 40, *caput*, é o único que dispõe explicitamente sobre a norma complementar, o Decreto federal n. 99.274/90.

Para Tarcísio Mendonça, a predominância da remissão tácita decorre da forma federativa do Estado brasileiro, constituído pela União, Estados e Municípios, pois “se a norma de complementação tiver como fonte o poder regional, o legislativo estadual ou um órgão da administração estadual, fica impossível que a lei penal em branco faça uso da técnica da remissão expressa” (MENDONÇA, 2016, p. 174).

A facilidade ou dificuldade de encontrar a norma de complementação também dependerá de sua fonte, estadual ou municipal. Por isso, adverte-se para o conhecimento do conteúdo proibitivo ainda na lei penal, eis que o embaraço de aferir a norma complementadora, sobretudo quando a remissão é tácita, abrange os próprios juristas (GARCIA ARAN, 1993).

Embora reconheça que a remissão tácita importe menor segurança ao cidadão, Mendonça afirma que essa forma não constitui, em si, incompatibilidade com a determinação-taxativa. Mesmo porque impossível exigir remissão expressa na lei de “[...] suas normas de complementações em todos os Estados e Distrito Federal ou em todos os municípios da federação” (MENDONÇA, 2016, p. 175).

E, ainda segundo o autor, os princípios federalista e da igualdade legitimam normas estaduais e municipais como complemento de leis penais:

No primeiro, uma vez respeitado o núcleo essencial disposto na lei penal em branco e a repartição de competências constitucionais dos entes da de federação. Assim, antes de contrariar o artigo 22, inciso I, da Constituição de 1988, esse posicionamento o reafirma.

No segundo, porque a igualdade pressupõe a consideração das realidades regionais e locais na confecção do tipo penal, aproximando a lei do homem.

Destaca que:

[...] há particularidades regionais e locais que nos levam à necessidade de considerar uma regulamentação penal distinta para que se possa alcançar a isonomia. Uma mesma pesca em um determinado local pode não atentar contra o meio ambiente. Em outra localidade, sim. A adequação do direito penal à realidade regional ou local dá-se pela norma de complementação. (MENDONÇA, 2016, p. 178).

De fato, existem peculiaridades regionais e locais que seriam desrespeitadas caso fossem retiradas as contribuições estaduais e municipais por intermédio das normas de complementação.

Entende-se que bairros boêmios das capitais brasileiras, por exemplo, possuam limites mais ampliados em termos de poluição sonora do que bairros em municípios interioranos. O modo de vida dos moradores de cada localidade é diferente.

A solução apresentada por Mendonça (2016) está na compulsoriedade da remissão expressa, quando a norma complementadora for lei ou norma administrativa federal, como no exemplo fornecido do artigo 40 da Lei n. 9605/98; e da aceitação da remissão tácita, nas normas complementadoras estaduais e municipais.

Neste último caso, acrescenta-se a possibilidade das remissões inversas (indiretas, em sentido contrário), em que a norma complementadora (estadual ou municipal) poderá conter expressa remissão sobre a lei penal em branco (DOVAL PAIS, 1999).

Doval Pais elenca os pontos positivos da remissão inversa, seja para o conhecimento do destinatário da norma, o apoio ao caráter cogente da norma administrativa (já que seu descumprimento implicará a sanção penal) e da coerência do ordenamento jurídico:

[...] una importante función de advertencia al informar al destinatario de la norma complementadora extrapenal de que, bajo determinadas circunstancias, el incumplimiento de la prohibición o del mandato establecido podrá ser castigado penalmente; seguramente, por ello, contribuirían a reforzar el próprio mandato o prohibición establecido el la norma complementadora; constituirían un medio eficaz – aunque indirecto – para determinar el ámbito de la remisión efectuada desde la ley penal, es decir, el círculo de las normas con las que unicamente puede ser integrado el blanco legal, proporcionando, de este modo, a una mayor certeza; y permitiría alcanzar, finalmente, una mayor coherencia sistemática del Derecho sancionador, al obligar a tener presente al órgano emisor de la norma em el momento de la redacción de las disposiciones, las posibilidades sancionatorias de las conductas y la relación entre los fines y los medios de cada sector del ordenamiento³⁸. (DOVAL PAIS, 1999, p. 205-206).

Diante da existência de inúmeras normas de complementação estaduais e municipais, nos delitos penais contra o meio ambiente, devido às competências constitucionais em matéria ambiental, posiciona-se pela necessidade da remissão inversa ou em sentido contrário. Por exemplo, uma portaria municipal mencionaria no seu texto a qual lei ordinária federal a que se integraria, especialmente no préstimo à apreensão da conduta proibida.

³⁸ Tradução livre para o português: “[...] uma importante função de alerta ao informar o destinatário da norma complementar extrapenal que, em determinadas circunstâncias, a violação da proibição ou do mandato estabelecido pode ser penalmente punível; certamente, por essa razão, contribuiriam para reforçar o mandato de proibição estabelecido na norma complementadora; constituiriam um meio eficaz – ainda que indireto – para determinar o âmbito da remessa feita a partir da lei penal, ou seja, o círculo das normas com as quais apenas o elemento em branco pode ser integrado, proporcionando, assim, para uma maior certeza; e, finalmente, alcançar uma maior coerência sistemática do direito sancionador, forçando o órgão emissor a estar ciente das normas no momento da elaboração das disposições, das possibilidades de sanção da conduta e da relação entre os fins e os meios de cada setor do ordenamento.”

Citam-se as classes de remissões estáticas, constituídas por normas de complementação que nunca poderiam ser revogadas ou alteradas, e as dinâmicas, cujas normas de complementação poderiam sofrer mudanças, em harmonia aos estudos técnicos e variáveis, remetendo ao “[...] estado atual de uma norma exterior e às modificações futuras desta, ou seja, a suas respectivas versões”. (ALFLEN, 2004, p. 157).

Hodiernamente, rechaça-se a viabilidade das primeiras, já que a volatilidade representa traço inerente à eficiência da técnica de lei penal em branco (heterogênea) na proteção dos bens jurídicos.

Outra forma de remissão é a sucessiva (segunda remissão), que pode ocorrer de forma explícita ou implícita, na lei penal em branco homogênea ou heterogênea, e configura “[...] hipótese em que a lei formal nos remete a uma outra norma que, por sua vez, nos remete a uma terceira” (MENDONÇA, 2016, p. 182). Há reenvio em cadeia.

Alflen da Silva aponta a inconstitucionalidade desse tipo de remissão:

[...] Em primeiro lugar, aponta-se a exigência de certeza (lex certa) da lei penal – como decorrência do princípio da legalidade – que, como já se afirmou anteriormente, garante ao cidadão que não será surpreendido por uma eventual proibição e conseqüente punição. A segurança jurídica pressupõe a precisão e a clareza da lei penal, e esta é colocada em perigo quando a precisão deve ser obtida a partir da remissão a diversos dispositivos de complementação. Além disso, e principalmente, dificulta ao cidadão o conhecimento da lei, na medida em que “ultrapassa a curta capacidade de recordação do homem”. Em segundo lugar, tais remissões sucessivas poderiam conduzir à delegação de poderes. Em terceiro lugar, deve-se observar que o órgão encarregado de preencher o branco da lei, após remissões sucessivas, já está distante dos critérios estabelecidos pelo legislador formal, sendo que possivelmente desnaturalize o aspecto material anteriormente referido (relacionado ao telos da lei penal em branco), o que implica a infringência do aspecto material do princípio da legalidade. Por fim, a norma de complementação, utilizando-se de sucessivas remissões, desvaloriza-se perante os olhos dos cidadãos. (ALFLEN DA SILVA, 2004, p. 156).

De fato, não é possível admitir a remissão sucessiva no direito penal ambiental, aliás, no direito penal como um todo, por ofensa ao postulado da determinação-taxativa.

7.1.2.2 Norma de complementação e o postulado da reserva legal

A remissão poderá ser geral (ou total), quando a definição da conduta proibida é totalmente delegada à norma de complementação, o que viola o princípio da legalidade (seu postulado da reserva legal), bem como o da separação de poderes, em se tratando da lei penal em branco heterogênea.

É que a remissão geral funciona como tipificação penal de mera infração a uma norma administrativa, como nos exemplos dispostos na Lei n. 9.605/98: §3º do artigo 54³⁹, que incrimina o descumprimento de medidas de precaução quando assim exigidas pela autoridade competente, e do artigo 68⁴⁰, que penaliza a inadimplência de obrigação legal ou contratual de relevante interesse ambiental, conforme estudado no capítulo anterior.

Segundo Tiedemann (2002), o Supremo Tribunal alemão somente reconhece válidas as remissões extrapenais de minúcias, pois a lei penal já deve conter a proibição penal em seu bojo, que não pode ser conteúdo de regulamentação administrativa.

Na remissão especial (ou específica), algum aspecto da conduta proibida é que será objeto de delegação à norma complementadora. A lei penal possui um núcleo duro ou um mínimo essencial que não poderá ser reenviado. Mas qual seria esse limite para a norma de complementação?

De início, necessário esclarecer que a complementação conceitual ou interpretativa não traz complicações aos princípios constitucionais analisados. Isso porque a própria lei penal delimita o espaço de preenchimento da norma complementar, que fica adstrita à compreensão de uma palavra ou locução objetiva.

Os artigos 38 e 39 da Lei de Crimes Ambientais tipificam condutas relacionadas à “floresta considerada de preservação permanente”. As normas de complementação, no caso o Código Florestal e Resoluções do CONAMA, têm o papel apenas interpretativo ou conceitual do que seja “preservação permanente”.

No artigo 45 da Lei de Crimes Ambientais, de semelhante modo, o direito administrativo fica vinculado ao conteúdo conceitual do elemento em branco “madeira de lei”, não podendo ir além do que a lei penal assim delimitou.

Pois bem, excetuado o caráter interpretativo da norma complementadora, quais os parâmetros para o reenvio normativo?

Tarcício Mendonça (2016) começa sua análise dos elementos objetivos do tipo, quais sejam: verbo, sujeito ativo, lugar, tempo, modo de execução, meio de execução e objeto material. A perquirição está centrada em quais deles poderiam - se isso for possível - ser considerados fundamentais à lei penal e, portanto, indelegáveis, por exemplo, ao poder executivo.

³⁹ “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível” (BRASIL, 1998).

⁴⁰ “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental”. (BRASIL, 1998).

No entanto, conclui pela impossibilidade de utilizar esses elementos para estabelecer um critério do mínimo essencial:

A especificação de um sujeito ativo define uma conduta como um ilícito penal, torna o ilícito penal mais reprovável ou mais brando. Na primeira hipótese, a definição do sujeito ativo é tão nuclear quanto a definição do verbo típico. [...] Da mesma forma, a circunstância de tempo, lugar e modo de execução têm a possibilidade de definir o caráter proibido de uma conduta. Também podem ser utilizados pelo legislador para tornar uma conduta ilícita, agravar um ilícito penal já existente ou abrandá-lo. [...] Não há elemento objetivo do tipo penal que não possa ser nuclear e, por isso, fora do espectro de incidência da norma de complementação. (MENDONÇA, 2016, p. 201-202).

Assim, além do verbo típico, o qual nunca poderá ser fixado pela norma de complementação, pois esta se enquadraria na vedada remissão geral, todos os demais elementos podem (ou não) representar conteúdo primordial na configuração do injusto, dependendo da estruturação do tipo.

Na estrutura do artigo 34, *caput*, da Lei n. 9.605/98⁴¹, as circunstâncias de tempo e lugar, consistentes no branco da lei penal, constituem o conteúdo do injusto e, embora nucleares, são ditadas pela norma de complementação.

Nesse sentido, a Corte italiana, no julgado 282/1990, proclamou a inconstitucionalidade de lei penal que reenviava a definição dos sujeitos ativos a uma fonte sublegislativa complementadora. Considerou-se que a individualização dos destinatários da norma pertencia ao núcleo essencial do tipo, logo, tarefa do legislador na escolha político-criminal de quem punir.

As remissões normativas ainda são restritivas ou ampliativas do conteúdo do injusto. Na primeira, a lei penal descreve o comportamento ilícito, enquanto a norma de complementação tem o condão de transformá-lo em lícito; na segunda, o conteúdo proibido é ditado pela norma complementadora, pois a lei penal prevê um ato permitido.

A Lei de Crimes Ambientais prescreve as duas modalidades.

Nos artigos 45⁴², 56⁴³ e 60⁴⁴, o conteúdo do injusto é criado pela lei formal: as expressões “em desacordo com as determinações legais”, “em desacordo com as exigências

⁴¹ Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

⁴² Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais: Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa.

⁴³ Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio

estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos” e “contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes” constituem elementos em branco cujas normas extrapenais podem excluir a tipicidade penal.

Dessa forma, a norma complementadora não cria e sim exclui o crime, sendo mais benéfica ao cidadão:

Se é possível a uma medida provisória tratar de matéria penal, desde que em benefício do indivíduo e em detrimento do poder punitivo estatal, não há razão para que a norma de complementação não possa restringir a abrangência do ilícito penal já delimitado pela lei formal. (MENDONÇA, 2016, p. 211).

E, por esse motivo, parece razoável esse tipo de remissão, como explicado por Mendonça, eis que não macula o postulado da reserva legal.

A recíproca não é verdadeira em relação à remissão ampliativa do conteúdo do injusto, como o próprio nome indica.

Cita-se, mais uma vez, o artigo 34, *caput*, da Lei n. 9.605/98: a pesca, ação lícita, torna-se ilícita no tempo e lugar previsto pela autoridade administrativa, que é a responsável por definir o conteúdo proibitivo, em ofensa ao primado da reserva legal.

Portanto, Mendonça traça o limite da norma de complementação a partir da remissão específica, isto é, a lei penal em branco heterogênea poderá reenviar definições interpretativo-conceituais e restritivas da conduta proibida.

A lei penal é inconstitucional se totalmente em branco. A técnica, importante recurso na tutela do meio ambiente, é instrumento constitucional, com respeito aos princípios penais, desde que observadas limitações de cunho material e formal para a delegação com tratativa extrapenal.

A crença cega ao positivismo puro e acrítico não mais se sustenta para excluir o direito penal ambiental. Também não gera libertação os excessos da atual tutela da Lei de Crimes Ambientais. A salvaguarda proporcionada pelo direito penal deve ser a última via, porém eficiente.

Não adianta tipificar criminalmente todo tipo de conduta contrária ao meio ambiente como resposta à sociedade do risco e que sempre encontra um novo inimigo. Ao legislador

ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

⁴⁴ Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

cabe a confecção adequada da lei penal, orientada pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais. E, na sua falha, diante das balizas então trabalhadas, caberá ao intérprete e julgador deixar de aplicar a lei penal ambiental inapropriada.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição é a base normativa e principiológica para a interpretação do direito, no seu todo, por isso representa a força ativa e dinâmica na compreensão das especificidades dos subsistemas temáticos, na mira da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

O direito penal é legitimado nessa ordem constitucional democrática que limita o poder punitivo e predica por sua aplicação adequada, com espeque nos direitos e garantias fundamentais, os quais incorporaram, na atualidade, valores de interesse da humanidade.

Entre esses valores encontra-se a proteção do direito constitucional fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida (digna) de todos os seres, pressuposto dos demais direitos.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido à categoria de bem ambiental, uma vez constatada que a sua violação pode ter – como geralmente tem – consequências nefastas, por vezes desconhecidas no presente, sendo imprescindível a salvaguarda para a existência e sobrevivência do próprio ser humano.

Os sérios e graves riscos causados ao ambiente, principalmente pela ação ou omissão humana, impõem uma atuação amplificada do direito, inclusive na seara penal, com vistas a prevenir e reprimir as condutas consideradas lesivas, concreta ou potencialmente.

A expansão das matérias afetas ao direito penal, como a relativa ao meio ambiente, é contextualizada nas transformações experimentadas pelas sociedades modernas em diversos setores do conhecimento, com assento no progresso de vida.

As mudanças, permeadas de avanços e também de problemas catastróficos, decorrentes da denominada sociedade de risco, cada vez mais insegura, promoveram o surgimento de novos e remodelados bens jurídicos, de natureza difusa (transindividuais), com características diferenciadas dos bens individuais.

Esses bens possuem algumas particularidades de forma mais acentuada, entre as quais: significativa normatização; disciplina de teor técnico e específico, bem como volúvel no tempo, encontrando dificuldades no modo legislativo próprio e restritivo do direito penal tradicional.

Os obstáculos, contudo, não retiram a participação penal na tutela do meio ambiente, existindo espaço de aperfeiçoamento ou adaptação da dogmática às particularidades das matérias, ao contrário do posicionamento extremista, de um positivismo acrítico que hoje não se sustenta mais.

Verificou-se que essas necessidades específicas do bem ambiental repercutiram na utilização excessiva pelo legislador do subterfúgio da indeterminação, por meio de vocábulos vagos ou ambíguos, de tipos abertos, elementos normativos e da técnica da lei penal em branco.

Essa nova tutela abarcada pelo direito penal não exclui a análise da real necessidade de intervenção penal, que está adstrita às situações mais graves, ou seja, de ameaças e lesões insuportáveis aos bens jurídicos constitucionais mais importantes, ante a insuficiência das outras searas jurídicas.

Além disso, permanece o respeito às garantias penais conquistadas ao longo da história contra o arbítrio estatal, o que também não rechaça a possibilidade de harmonizá-las com os princípios constitucionais do direito ambiental.

A construção da norma penal incriminadora, a que define crime e estabelece pena, deve observar o princípio da legalidade, cujos postulados exigem, especialmente, fonte de produção e forma de enunciação específica: emitida pela União, por meio do procedimento da lei federal (reserva legal), e dotada de taxatividade, eis que certa e determinada (determinação-taxativa).

A norma penal é, em essência, o comando proibitivo obtido do modelo de comportamento descrito na lei penal incriminadora, sempre certo. Portanto, não obstante a confusão da doutrina e jurisprudência pátria, a normal penal não se confunde com a denominada lei penal em branco.

A lei penal em branco tem o preceito primário (descrição da conduta proibida) incompleto, carecedora de integração para a sua total compreensão, possibilitada pela técnica de remissão a outra norma, podendo configurar violação ao princípio da legalidade, se empregada indevidamente.

Não se confunde com leis penais imperfeitas, definições legais e elementos normativos, cuja remissão incide sobre o preceito secundário (a sanção), no primeiro caso; e ora a norma de complementação não define um elemento objetivo do tipo penal, no segundo; ora confere apenas um sentido ao elemento normativo jurídico, sem integrar a lei penal em branco, no terceiro.

Dependendo da origem e natureza da norma complementadora, a lei penal em branco poderá ser classificada em dois tipos: homogênea, se a norma de complementação advém de fonte idêntica, qual seja, lei federal; e heterogênea, se a norma de complementação tem origem distinta, em leis estaduais, municipais, ou atos administrativos das três esferas.

Apesar de ofenderem, em tese, os princípios constitucionais do federalismo, separação de poderes e da legalidade, este último nos postulados da determinação-taxativa e da reserva legal, a leis penais em branco, homogênea e heterogênea, são aceitas de maneira geral no direito brasileiro por questões de política criminal, ou seja, para a guarida dos bens jurídicos transindividuais.

E tanto é assim que a Lei n. 9.605/98, a chamada Lei de Crimes Ambientais, é dominada por dispositivos que contém leis penais em branco eivadas de inconstitucionalidade, porém mal ou nada mencionada pelos Tribunais Superiores brasileiros.

Esse recorte crítico coube à doutrina que, embasada no direito jurisprudencial comparado, tenta delimitar o papel da norma de complementação na definição da conduta proibida, nos aspectos material e formal.

É que, primeiro, faz-se imperioso que a matéria reivindique a utilização do recurso, seja para a pura manutenção da unidade do ordenamento jurídico, nas leis penais em branco homogêneas, seja pela natureza técnica e variável do bem jurídico envolvido, bem como do atendimento ao princípio da isonomia com a observância das particularidades regionais e locais, nas leis penais em branco heterogêneas.

Ultrapassada a justificativa material, impreterível a indicação de limites formais da delegação feita à norma complementadora, de forma que a lei penal já preveja um conteúdo mínimo essencial, em respeito aos primados da determinação-taxativa e da reserva legal.

No concernente à determinação-taxativa, a lei penal em branco homogênea, que é sempre complementada por lei federal, deverá valer-se da remissão expressa; e a lei penal em branco heterogênea poderá fazer uso da remissão implícita desde que a norma complementadora seja de outras instâncias (leis estaduais e municipais; normas administrativas federais, estaduais e municipais).

De qualquer forma, essa possibilidade de remissão implícita, pela dificuldade inerente de se indicar todas as complementações regionais e locais, deverá ser mitigada pela remissão inversa, em que a norma de complementação indique a qual lei penal seja integrada.

Quanto à reserva legal, no caso das leis penais em branco heterogêneas, a remissão geral à norma de complementação constitui hipótese de norma tautológica, posto substancialmente em branco, com ululante ofensa constitucional.

A norma extrapenal somente poderá regulamentar o que já fora inicialmente delineado pelo tipo penal em branco (remissão especial ou específica à norma de complementação), e mesmo assim para conceituar (interpretativa) ou restringir o conteúdo do

injusto. Não é cabível a remissão específica ampliativa, isto é, a que cria e define o conteúdo do proibido.

A praticidade de soluções legiferantes, diante de uma sociedade do risco e do medo, que anseia por segurança, não encontra o socorro pretendido no direito penal do risco, que acaba por traduzir um direito penal simbólico, existente, porém ineficaz e desacreditado.

Os limites apresentados à elaboração da lei penal em branco, a partir dos estudos aos dispositivos da Lei de Crimes Ambientais, que devem ser excluídos ou reconstruídos, por vício de inconstitucionalidade, vão ao encontro das expectativas quanto à efetividade da norma penal (ambiental) num Estado Democrático, Social e Fraternal de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKER, Anna Britto da Rocha. **Poder normativo e regime democrático**. São Paulo: LTR Ed., 1986.

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo. **Leis penais em branco e o direito penal do risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no direito penal da sociedade do risco. **Política Criminal**, Talca, n. 3, 2007, pp. 1-21. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_7_3.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

ALMEIDA HORTA, Frederico Gomes de. **Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do direito penal socioeconômico brasileiro**. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. 2012, 295 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUOS-98ZKCC>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: JH Mizuno, 2005.

_____. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCrim, 2003.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito penal e criação judicial**. São Paulo: RT, 1989.

_____. **Legislação penal especial**. 2. ed., rev. atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Áreas protegidas e propriedade constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. **Direito ambiental**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, año 3, n. 8, mayo/agosto de 1983, pp. 9/46.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

ASÚA, Luis Jiménez. **Principios de derecho penal**: la ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1984. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/10/doctrina31748.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. **Estudios sobre la parte especial del derecho penal**. 2.ed. Madrid: Akal, 1994.

BARATTA, Alessandro. Principios de derecho penal mínimo (para uma teoria de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**, Buenos Aires, Depalma, año 10, n. 37/40, 1987.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **Tempos líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. por Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELEZA, Tereza Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa. **O regime legal do erro e as normas penais em branco**: ubilexdistinguit. Coimbra: Almedina, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Função ambiental. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos (Coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. KISHI, Sandra Akemi Shimada et. al. (org.). Desafios do direito ambiental do século XXI – estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**: parte generale. 8. ed. rev. e aggiornata. Padova: CEDAM, 1973.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1-6, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o direito penal. **Revista de Informação Legislativa**, ano 42, n.168, Brasília, out./dez. 2005, p. 155-166.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

BRASIL. Decreto n. 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 17 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf>. Acesso em: 16 out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 9 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário oficial da União**, 5 de julho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 27 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.453, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 18 de outubro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 2 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 9 jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 9 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 26 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 9 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 9 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em: 9 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 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. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 13 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. Lei de Política Nacional de Educação Ambiental. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário oficial da União**, 28 de abril de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 23 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 23 nov. 2016.

BRASIL. Lei n. 11.706, de 19 de junho de 2008. Altera e acresce dispositivos à Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11706.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário**

Oficial da União, 30 de dezembro de 2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário Oficial da União**, 3 de agosto de 2010.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1856. Relator Ministro Celso de Mello. **Diário de Justiça**, 14 de outubro de 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/20626753/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1856-rj-stf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84412-0/SP. Relator Min. Celso de Mello. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 19 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84412&class=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82959/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 14 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82959%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ayxgn8h>>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP. Antônio de Andrada Ribeiro Junqueira *versus* Presidente da República. Relator Min. Celso de Mello. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 17 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 635659 SP. Plenário. Voto do Min. Relator Gilmar Mendes. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 95939 MG. 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 30 de março de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4700919&num_registro=200702883188&data=20090330&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 9834 SP. 5ª turma. Rel. Min. Felix Fischer. 2001. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 04 de junho de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=220471&num_registro=200000291285&data=20010604&formato=PDF>. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 875.463 DF. 5ª turma. Rel. Min. Felix Fischer. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 21 de maio de 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932179/recurso-especial-resp-875463-df-2006-0099730-7/inteiro-teor-14100509?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 195423 SP. 5ª turma. Rel. Min. Gilson DIPP. Brasília: Imprensa Nacional. **Diário da Justiça**, 01 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21029230/habeas-corpous-hc-195423-sp-2011-0016061-6-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, t. 1, 2005.

BUENO DE CARVALHO, Amilton; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista Eletrônica Direito e Liberdade**, v. 14, n. 1, pp. 241/264, jan/jun de 2012.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. **Manual de derecho penal: parte especial**. 2. ed. aum., corr. y puesta al día. Barcelona: Ariel, 1991.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; VALENZUELA BEJAS, Manuel. **Derecho penal latino americano comparado**. Buenos Aires: EdicionesDepalma, 1981, v. 1, 2 e 3.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARDOSO DA CUNHA, Rosa Maria. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre, 1979.

CEREZO MIR, José. **Temas fundamentales del derecho penal**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2002.

_____. **Derecho penal: parte general**. 1. ed. brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Imputação objetiva e risco no direito penal: do funcionalismo à teoria discursiva do delito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____. Paradigma e aplicação do direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Direito Penal sob a perspectiva de um caso concreto. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: v. 39, n. 155, p. 77-91, julho/setembro de 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, São Paulo: p. 159-174, janeiro/junho de 2010. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/default/files/09_1.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha**. Belo Horizonte: Editora O Lutador, 2010.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: VILARDI, Celso Sanchez; BRESSER PEREIRA, Flávia Rahal; DIAS NETO, Theodomiro (Org.). **Direito penal econômico: análise contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CURY, Enrique. **La ley penal en blanco**. Bogotá: Editorial Themis, 1988.

DE LUCA, Javier Augusto. **Leyes penales más benignas, en blanco y constitución nacional**. Buenos Aires, 1997.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DEUS, Teresa Cristina de. **Tutela da flora em face do direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal na “sociedade de risco”**. Temas básicos da doutrina penal—sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 155-185.

_____. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, volume comemorativo do 75º Volume, Coimbra, 2003, p. 1123-1138. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/17921-O-papel-do-direito-penal-na-proteccao-das-geracoes-futuras.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

DOVAL PAIS, Antonio. **Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales: el caso de las leyes en blanco**. Valencia: TirantloBlanch, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA. **O dom da produção acadêmica**: manual de normalização e metodologia de pesquisa. Belo Horizonte: Dom Helder, 2017.

ESPAÑA, Tribunal Constitucional Español. **Sentença n. 127/1990**. Presidente don Tomás y Valiente, Primeira Sala, julgado em 05/07/1990. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1990/127>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

FARALLI, Carla. Certeza del diritto o diritto alla certeza. **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Genova, a. 27, n. 1, jun de 1997, pp. 89/104.

FERNANDES, Gonçalves Bernardo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal**: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**: parte especial (Arts. 213 a 359 CP). 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. FRAGOSO, Fernando. **Lições de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS, Wladimir e Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FULGÊNCIO, Paulo Cesar. **Glossário vademecum**: administração pública, ciências contábeis, direito, economia, meio ambiente. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. Curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCIA ARAN, Mercedes. Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estrutura de la norma penal. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 16, 1992/1993.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico**: parte general. t. 1. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

GERPE LANDÍN. Manuel. Principio de Legalidad y Remisiones Normativas en Materia Penal. **Revista Jurídica de Catalunya**, Catalunya, v. 90, n. 3, pp. 685/700, 1991.

GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice. **Lei de drogas comentada artigo por artigo: lei 11.343, de 23.08.2006**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais: comentários à Lei 9605/98** (arts. 1º a 69-A e 77 a 82). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Luis. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan-fev 2006.

GREENPEACE BRASIL. **Bhopal: 20 anos depois**, Dow Química ainda não pagou pelo desastre. Disponível em: < <http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/bhopal-20-anos-depois-dow-qu/>>. Acesso em: 7 set. 2017.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal**. 4. ed., rev., atual. e ampl.. Curitiba: Juruá, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contribution to a discourse theory of law and democracy**. Translation by William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

_____. **Acción comunicativa y razón sin transcendencia**. Traducción de Pere Fabra Abat. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.

_____. **A era das transições**. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. En varios Autores, Pena y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

_____. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

_____. Control de constitucionalidad y proceso político. Persona y derecho: **Revista de Fundamentación de Las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, n. 45, pp. 117-132, 2001.

_____. MOREIRA, Luiz. **Direito penal libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ensaio e conferências (a questão da técnica)**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão et. al. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

HOUAISS, Antonio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal:** (decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1942.

IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis). Ministério do Meio Ambiente. **Rompimento da Barragem de Fundão:** documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/informes/rompimento-da-barragem-de-fundao>>. Acesso em: 20 set. 2017.

JEAN VALLEJO, Manuel. **Principios constitucionales y derecho penal moderno:** estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

JESUS, Damasio E. de. **Lei antitóxicos anotada.** 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de derecho penal.** 2. ed. Buenos Aires: Losada, 1961.

_____. **Principios de derecho penal:** la ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 12 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, fasc. 37, p. 153-167, jan./mar. 2002.

LÉVINAS, Emmanuel. **Ética e infinito** – Diálogos com Philippe Nemo. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. A ontologia é fundamental? In: **Entre nós: Ensaios sobre a alteridade.** Trad. Pergentino Pivatto (coord). et. al. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

_____. **Totalidade e infinito.** Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2013.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional:** a imposição de princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime.** 2. ed. Recife: Imprensa Universitária, 1968.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal:** uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro**: o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais. Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales. 2012. 239 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1843/BUOS-98ZJ5B>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. **Lei penal em branco**: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. In: CASABONA, Romeo; MARÍA, Carlos (org.). **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. v. 1, 2, 3 e 4. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 6. ed. rev. atual. e ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, vol. 1 e 2.

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Lenôra Azevedo de. A proteção do bem jurídico ambiental e os limites do direito penal contemporâneo. In.: CARVALHO, Salô (org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal do ambiente**. 4. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Crimes contra o meio ambiente**: anotações à Lei 9.605 de 12.2.98, doutrina, jurisprudência legislação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

PIRES, Ariosvaldo de Campos. **Compendio de direito penal**: parte especial. 2.ed. Belo Horizonte: Lemi, 1976.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POZO, Israel Hernández. **Cuba**: Importancia de la protección penal del medio ambiente. Julho/2007. Disponível em: <<http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?ID>>

Articulo=1612>. Acesso em: 20 mai. 2016.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REPUBBLICA ITALIANA. La Corte Costituzionale. Sentenza n. 26/1966. Presidente Gaspare Ambrosini. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0026s-66.html>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

REPUBBLICA ITALIANA. La Corte Costituzionale. Sentenza n. 282/1990. Disponível em: <http://www.corteconstituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_207_Riserva.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2017.

RIBEIRO, José Cláudio Junqueira; THOMÉ, Romeu. Community participation in the analysis of the environmental impact assessment as a democratic mechanism to insure social-environmental rights. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 69-91, jan./abr. 2016.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Org.). **Temas de direito penal ambiental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. COSTA, Marina Lage Pessoa da. **O papel e os limites do direito penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

_____. SENESI FILHO, Píer Giorgio. Apontamentos sobre a importância da tutela penal do ambiente. **Revista Argumentum**, v. 15, 2014. Disponível em: <ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/91/16>. Acesso em: 5 mai. 2016.

_____. COELHO, Ariadne Elloise. **A tutela penal da fauna e a inadequação constitucional do artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais**. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; ÁVILA, Gustavo Noronha de; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Direito penal, processo penal e Constituição I. Florianópolis: Conpedi, 2017, p. 44-59. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/dU2Dc2IxFqZZOvB4.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. COELHO, Ariadne Elloise. **Leis penais em branco no direito penal ambiental: a (in) compatibilidade entre os princípios constitucionais penais e o bem jurídico protegido**. In: GUARAGNI, Fábio André; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. Direito penal, processo penal e Constituição II. Florianópolis: Conpedi, 2017, p. 141-159. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/Bm3F5yD3SfhQ2kA6.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

RIBEIRO LOPES, Maurício. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: RT, 1994.

ROCCO, Arturo. **El problema y el metodo de la ciencia del derecho penal**. Bogotá: TEMIS, 1978.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da; GRECO, Rogério. **Estrutura jurídica do crime**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Derecho penal**: parte general, tomo I: fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Traducción y notas Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz Y Garcia Conlledo; Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Teoría del tipo penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Versión castellana del Prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

SALVADOR NETTO, AlamiroVelludo. **Comentários à lei de crimes ambientais**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Teorias constitucionais em perspectivas; em busca de uma constituição pluridimensional. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e desafios da Constituição**: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 7 ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *In*: GORDILHO, Heron José de Santana; SANTANA, Luciano Rocha (Coord.). **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 12, n. 3, p. 69-94, julh./dez. 2007. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10358/7420>>. Acesso em: 17 out. 2017.

SCHILLING, Valéria; BARRETO, Gustavo (org.). Especialista da ONU Insta Brasil a resolver superlotação das prisões e agir contra tortura. **ONUBR**, 2015. Disponível em <<http://nacoesunidas.org/especialista-da-onu-insta-brasil-a-resolver-superlotacao-das-prisoese-agir-contra-tortura/>>. Acesso em: 23 nov. 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Legalidade e regulação**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Jorge da. **Controle da criminalidade e segurança pública: na nova ordem constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA E SILVA, Gustavo Henrique de. **O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sob a perspectiva do estado democrático de direito**. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. 2011, 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. 2014.

SZNICK, Valdir. **Comentários à lei de entorpecentes: drogas e substâncias entorpecentes, legislação comparada**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

TAVARES, Juarez. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, v. 40, n. 3, pp. 753/769, 1987.

_____. A Crescente Legislação Penal e os Discursos de Emergência. **Discursos sediciosos**, n. 4, p. 48, 1997.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação do retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: JusPodivm, 2014.

THOMPSON, Augusto F. Gaffrée. Lei Penal em Branco e Retroatividade Benéfica. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, v. 19, 1968.

TIEDEMANN, Klaus. La Ley Penal en Blanco: concepto y cuestiones conexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan/mar. 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a lei n. 7209, de 1984. 2.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1986.

TUGLIO, Vania. **Proteção à fauna**. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; ALVARENGA, Luciano José. (Coordenadores). *Direito ambiental no STJ*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VÁSQUEZ, Manuel A. Abanto. El principio de ‘certeza’ en las leyes penales en blanco. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 9, pp. 13/24, 2000.

VEGA, Dulce Maria Santana. **El concepto de ley penal en blanco**. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 2000.

VILELA, Bruna Luíza Capellini; FRANÇA, Verônica Maria Ramos do Nascimento. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin para solução de conflitos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In: REIS, Émilien Villas Boas (ORG). **Entre a filosofia e o ambiente: bases filosóficas para o direito ambiental**. Belo Horizonte: 3i Editora, 2014.

WAINER, Ann Helen. **Legislação ambiental brasileira – subsídios para a história do direito ambiental**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; CALLEGARI, André Luis. “Deu no Jornal”: notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. **Revista Liberdades**, n. 2, 2009.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge; GOMES, Luiz Flávio. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. São Paulo: RT, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume – teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Jorge Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. PIARANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, vol. I.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Princípio de legalidad y reserva de ley en materia penal. **Revista Española de Derecho**, a. 3, n. 8, mayo-agosto, 1983.