

# A PROTEÇÃO PENAL AMBIENTAL ATRAVÉS DOS CRIMES DE PERIGO

## ABSTRATO

### LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS DOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

**Túlio Arantes Bozola**

**RESUMO:** o presente trabalho tem como objetivo analisar a legitimidade da tutela ambiental pelo Direito Penal através da utilização da técnica de tipificação do perigo abstrato. Sabe-se que hodiernamente tal modelo de tipificação é o preferido do legislador para levar a cabo uma política criminal de antecipação da tutela penal ambiental, sendo objeto de intermináveis polêmicas, principalmente quando analisado à luz dos princípios constitucionais penais. A preservação ambiental, que se elevou à condição de gênero de primeira necessidade, deve ser realizada de forma eficaz e em conformidade com o Estado Constitucional e Democrático de Direito. Se o Direito Penal deve ser chamado a preservar bens valiosos e essenciais como o meio ambiente de certas condutas que a eles sejam ofensivas, deve-se examinar de qual maneira e em que medida elas se apresentam, assumindo o modelo de tipificação abstrata uma importância ímpar nesse contexto.

**Palavras-chave:** direito penal ambiental; perigo abstrato; princípio da ofensividade.

**RESUMEN:** este trabajo tiene como objetivo examinar la legitimidad de la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal mediante el uso de la técnica de escribir el peligro abstracto. Es conocido en nuestros tiempos que este modelo se prefiere clasificar a la legislatura para llevar a cabo una política criminal en el avance de la protección penal del medio ambiente y el tema de la interminable controversia, sobre todo cuando en función de los principios constitucionales del derecho penal. Preservación del medio ambiente, que se eleva a la categoría de la primera clase de necesidad, debe llevarse a cabo eficazmente y de acuerdo con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Si el derecho penal debe ser llamado para preservar los activos valiosos y esenciales como el medio ambiente de ciertas conductas que son ofensivas para ellos, usted debe examinar de qué manera y en qué medida se han, suponiendo que el modelo de un tipo abstracto de singular importancia en este contexto.

**Palabras clave:** derecho ambiental penal; el peligro abstracto; el principio de la ofensa.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Direito Penal Ambiental: aspectos históricos – 2. A antecipação da tutela penal: evolução – 3. Os crimes de perigo abstrato à luz dos princípios penais constitucionais – 3.1. Princípio da ofensividade – 3.2. Princípio da intervenção mínima – 3.3. Princípio da proporcionalidade – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas

## INTRODUÇÃO

O momento histórico atual, marcado por vários impactos, como a globalização, o multiculturalismo e a diversidade, além do surgimento de novos riscos e incremento dos já existentes, caracteriza-se por inúmeras mudanças de paradigmas em diversos campos do conhecimento humano. E o Direito Penal não teve outro destino: seara de grande surgimento de idéias, nos últimos anos é que se percebe um profícuo florescimento de teorias buscando a solução dos dilemas criminais.

As mais diversas propostas têm sido ofertadas pelos doutrinadores, desde o Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs até tendências nitidamente abolicionistas, passando pelo Direito Penal de Duas Velocidades defendido por Silva Sánchez e o Direito de Intervenção idealizado por Winfried Hassemer. Isso também ocorre no Direito Penal Ambiental, no qual se destaca uma particularidade: a problemática da freqüente utilização do crime de perigo, mormente perigo abstrato.

O delito de perigo abstrato transformou-se, nas últimas décadas, no modelo de tipificação preferido do legislador para levar a cabo uma política criminal de antecipação da tutela penal, isto é, de criminalização no âmbito prévio. Estes delitos aparecem com profusão nos setores do Direito penal supra-individual ou da “sociedade de riscos”: delitos socioeconômicos, contra o meio ambiente, tráfico de entorpecentes, crimes automobilísticos, manejo de substâncias perigosas, energia nuclear, etc. Sua legitimidade em um Direito Penal de cunho liberal e garantista, entretanto, é objeto de uma interminável controvérsia, tanto na doutrina estrangeira como na nacional.

Obviamente, tal antecipação da tutela penal traz problemas dos mais diversos. É sabido que todo o Direito Penal tradicional se baseia na idéia de lesão a um bem jurídico, o que é exigido pelo princípio da ofensividade, sendo que o perigo sempre foi utilizado excepcionalmente. Todavia, em razão de uma nova necessidade protetora, a exceção vem se tornando regra.

Indaga-se: é legítimo em um Estado Social e Democrático de Direito a repressão penal alcançar condutas que trazem ínsito um perigo, sem que para sua tipificação seja considerada como elemento constitutivo a ocorrência de um dano? As freqüentes figuras abstratas ferem princípios constitucionais penais, como o princípio da ofensividade, sendo caso de argüição de inconstitucionalidade?

Por outro lado, não será ineficaz um Direito Penal que desconsidere novas e variadas formas de agressão de novos e variados bens jurídicos como o meio ambiente e a ordem econômica? E será eficaz um direito penal que recorra a uma técnica de tipificação de condutas de perigo abstrato, sem afrontar a Constituição, sob o argumento de que há bens que, por suas características, são vulnerados sem que se possa aferir o *quantum* de turbação por eles sofrida?

O propósito do trabalho que ora se apresenta é enfrentar estas questões contemporâneas da mais alta relevância do Direito Penal Ambiental, no plano teórico com suas repercussões práticas. Se o Direito Penal deve ser chamado a preservar bens valiosos e essenciais como o meio ambiente de certas condutas que a eles sejam ofensivas, deve-se examinar de qual maneira e em que medida elas se apresentam, assumindo o modelo de tipificação abstrata uma importância ímpar nesse contexto, por ser há décadas o mais utilizado pelo legislador para proteger determinados bens jurídicos.

## **1. DIREITO PENAL AMBIENTAL: ASPECTOS HISTÓRICOS**

A proteção ao meio ambiente, desde a década de 80 do século passado, tornou-se tema fundamental. Fatos como a explosão demográfica, o advento de novas tecnologias e avanços científicos, o degelo dos pólos, a redução da camada de ozônio e a destruição da flora conduziram à consciência da defesa e preservação ambiental, que se elevou à condição de gênero de primeira necessidade.

A defesa do meio ambiente passou, sob o clima da pressão da mídia, a ser considerada como algo politicamente correto, perdendo racionalidade e ganhando radicalidade, e isso desaguou na exigência de uma forte tutela no campo do Direito Penal.

Com o surgimento da Lei dos Crimes Ambientais no fim da década de 90 (Lei nº 9.605/98), passou-se a tipificar como delito condutas de mera desobediência, de perigo abstrato, cuidando às vezes de bagatelas, como a criminalização do desrespeito a normas regulamentares.

Tal forma de proteção penal ambiental foi amplamente criticada, sob a acusação de ser meramente simbólica, isto é, sem agilidade e presteza, como sendo dirigida muito mais a uma satisfação da sociedade do que à alteração de comportamentos. Isso teve como

conseqüência o reconhecimento, por parte de alguns, de não ser o Direito Penal estruturalmente capaz de oferecer respostas legítimas e eficientes ao meio ambiente e da impossibilidade de se abrir mão ou flexibilizar princípios fundamentais como o da ofensividade. Para esses críticos, o correto seria recorrer ao Direito Administrativo sancionador todo reestruturado, promovendo-se ampla descriminalização de determinadas condutas previstas na Lei 9.605/98.

Isto posto, percebe-se que a ponto polêmico da tutela ambiental é exatamente descobrir se tal proteção deve ser realizada por um ramo extrapenal como o Direito Administrativo sancionador ou se o Direito Penal é imprescindível à prevenção dos danos ambientais, devendo utilizar suas categorias de imputação de modo a antecipar sua intervenção por meio da técnica dos crimes de perigo abstrato.

Passa-se a discutir a necessidade de utilização da técnica dos crimes de perigo abstrato para a proteção do bem jurídico ambiental, em se considerando que os instrumentos clássicos de tutela do Direito Penal não são eficientes para o enfrentamento das questões difusas, mesmo porque nesses crimes a mera fixação do núcleo do desvalor do resultado do dano produzido pode se mostrar insuficiente.

Na tutela penal do meio ambiente, o ponto de partida do controle penal é a antecipação da tutela, ou seja, a proteção buscada pelo Direito Penal é evitar a produção de lesões através da prevenção de danos, o que ocorre quando constatados os riscos no desenvolvimento de determinada atividade.

## **2 A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL: EVOLUÇÃO**

A criminalização de situações de perigo não é novidade no mundo moderno. Todavia, salta aos olhos o gigantismo assumido pelas novéis tipificações, como no caso de tentativa, de previsão específica de atos preparatórios e de perigo abstrato.

A noção de injusto penal é que dará o tom à idéia de antecipação. Adotando-se a doutrina majoritária, o injusto será dado por uma lesão ou colocação em perigo de um determinado bem jurídico, sendo que esta idéia de colocação em perigo se refere à noção de perigo concreto. Só a partir de uma outra modalidade típica, qual seja, a de tipos de perigo abstrato, é que se chegará à criminalização em âmbito prévio ao injusto. O perigo abstrato se

configurará apenas com o desvalor da ação, diferentemente do caso de lesão ou de perigo concreto a um dado bem jurídico, os quais necessitam também da concreção de um desvalor do resultado.

O uso da idéia de antecipação já podia ser visto mesmo em momentos anteriores ao surgimento das sociedades de risco. Na formação histórica do Direito Penal, desde os tempos de Roma, já se tinha em consideração o perigo. O seu desenvolvimento em tempos mais recentes é que levam a um pensar nas muitas circunstâncias onde não é de se perceber um resultado concreto a ser desvalorado.

Pelas grandes proximidades entre a tentativa e o perigo abstrato, utiliza-se a doutrina das elaborações dogmáticas de uma para justificar a outra. Inicialmente, traçaram-se considerações amplamente subjetivas quanto ao perigo abstrato. Em momento posterior, já sob a influência do finalismo, não mais se aceitou tal subjetivismo.

Historicamente, a mais gritante aplicação prática destas considerações certamente deve ser a da Alemanha nazista. O nacional-socialismo teve forte influência na elaboração do que veio a se revelar como um novo Direito Penal de Perigo e da Vontade, ao fazer o uso antecipado do Direito Penal visando coibir um comportamento perigoso do autor, ou mesmo, justificando uma intenção para a imposição da pena. Isto criou ainda mais incerteza jurídica.

Mesmo após a 2ª Guerra Mundial, muitas das leis questionadas, em termos do uso da antecipação da tutela penal, continuaram em vigor, ganhando ainda mais força com as posteriores tentativas de reprimir o terrorismo (presente a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001 em Nova York e de 11 de março de 2004 em Madri, entre outros).

O chamado Direito Penal da Sociedade de Risco, juntamente com todos os problemas da globalização, acabou transformando o referencial clássico. Crises sociais, o fenômeno do terrorismo e a incerteza no trato das novas tecnologias dão importância ao novo momento explicativo da antecipação penal.

A transposição da idéia de prevenção dos novos riscos ao sistema penal trouxe um conflito para o âmbito de funcionamento das estruturas e instituições que foram moldadas a partir da idéia de direito penal clássico, de cunho individualista e pautado no modelo liberal burguês de construção do sistema jurídico. As novas formas de criminalidade que surgiram após a *modernização reflexiva* (expressão cunhada por BECK, 2010, p. 231) não receberam respostas eficazes, eis que a sociedade sofreu profundas transformações, mas o modelo de enfrentamento dos dilemas criminais não acompanhou de forma satisfatória a velocidade

destas. Esse fator foi determinante para uma incompreensão, por parte dos legisladores e dos operadores do Direito, desse novo quadro e para o nascimento de um Direito penal marcado pela edição de leis penais simbólicas ou até mesmo inconstitucionais.

Considerando-se que os novos riscos quase sempre são decorrentes de decisões humanas, chegou-se à conclusão de que talvez fosse o Direito Penal instrumento eficaz para sua tutela. Daí a expressão “Direito Penal da Sociedade de Risco”. Fala-se em prevenção e controle das fontes de perigo, bem como de modificações de cunho estrutural dentro do próprio Direito Penal.

Deve ser levada em conta também a vertente atinente às idéias preventivo-gerais. Como defende Roxin, orientando-se o Direito Penal a fins teleológicos, busca-se uma explicação de fundo funcional para a antecipação da tutela penal. Parece ser justificável, desde um ponto de vista político-criminal, uma certa antecipação, quando se procura, mediante prevenção geral negativa, intimidar a toda uma sociedade quanto à prática criminosa.

Jakobs, por sua vez, sustenta um enfoque de prevenção geral positiva, onde tem-se completa funcionalização dos elementos do delito, visando a valorização da norma penal. Sustenta o autor que é amplamente aceitável a intervenção antecipada, pois exerce função pedagógica e é instrumento de estabilidade do sistema. Não raro, fala-se também de um Direito Penal do Inimigo, cuja consagração, segundo Jakobs, como justificativa de antecipação da tutela, v.g., no campo econômico, parece pretender um novo respaldo para os delitos de perigo abstrato.

Em tentativa de melhor ajuste dogmático dos parâmetros de perigo, diversas orientações têm se dado nos últimos anos. Embora elas não possam corrigir eventuais imprecisões legislativas, tais tendências doutrinárias tentam ajustar os novos riscos ao novo Direito Penal de Perigo. Vários questionamentos objetam a aplicação genérica do perigo abstrato, como os eventuais desrespeitos aos princípios da ofensividade, da *ultima ratio* e da culpabilidade. De fato, parte da doutrina entende que o Direito Penal de Perigo é antigarantista, pois rompe com os fundamentos básicos do Direito Penal liberal. Isto mostra-se determinante tanto para a reconstrução do perigo abstrato, como, eventualmente, para sua legitimação. Caso contrário, poder-se-ia considerar a inconstitucionalidade do próprio tipo penal (SILVEIRA, 2006, p. 103).

### **3. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS**

O poder punitivo do Estado desemboca natural e necessariamente no tema dos seus *limites*. Porque todo poder dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito não é poder absoluto, senão um poder submetido a limites.

Dois fatores conferem especial relevância ao estudo dos limites do *jus puniendi*. Em primeiro lugar, os fortes efeitos da intervenção penal, com seu impacto destrutivo e com elevadíssimos custos sociais. Em segundo lugar, a vocação intervencionista do Estado “social”, que potencializa a sua presença assim como o emprego de toda sorte de meios eficazes para resolver os conflitos e conduzir a convivência social (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 370).

Na era da globalização, em virtude da incontrolada força que conquistou a linha político-criminal punitivista, o Direito penal acabou experimentando uma exagerada e desconhecida expansão, de forma que o velho e clássico Direito penal liberal, construído a partir do Iluminismo, encontra-se totalmente deformado (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 28). Se a pretensão é de um Direito Penal que tenha coerência com o modelo de Estado adotado na Carta Magna de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), não há outro caminho a percorrer senão fazê-lo observar todos os limites decorrentes da Constituição.

Da conjugação do Direito penal com a Constituição, deve-se extrair a conclusão de que vários são os princípios constitucionais penais que funcionam como limites internos do poder punitivo. Alguns se expressamente contemplados na Constituição (igualdade, legalidade, etc.) e outros são implícitos. De qualquer modo, todos convergem para o princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. Este, sem sombra de dúvida, é o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais.

#### **3.1. Princípio da ofensividade**

O princípio da ofensividade nasceu com o movimento de secularização do direito. Por força desse princípio, não poderia existir qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico

(*nullum crimen sine iniuria*). Ou seja, houve uma mudança de paradigma: crime e moral (ou pecado), para crime e ofensa de bem jurídico (GRECO, 2009, p. 77).

Vários autores conferem ao princípio da ofensividade o *status* de eixo de todo o sistema penal, reconhecido não apenas como expressão político-ideológica do Estado, mas também como critério material de validade, normativamente recepcionado tanto em âmbito penal, como constitucional (MARINUCCI e DOLCINI, 2001; MANTOVANI, 1997; MANES, 2005). Serve não só de guia à atividade legiferante, orientando o legislador no exato momento da formulação do tipo legal, com o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para obrigá-los a verificar em cada caso concreto a existência da necessária ofensividade ao bem jurídico protegido (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 377).

Aliás, em nenhum outro país o debate em torno do princípio da ofensividade é tão profícuo e profundo como na Itália<sup>1</sup>, presente, inclusive, e de forma expressa, nos movimentos de reforma legislativa (D'AVILA, 2009, p. 37). Com apoio nos arts. 1º e 49.2 do Código Penal italiano (que correspondem aos arts. 1º e 17 do nosso Código Penal) e nos arts. 13, 25 e 27 da Constituição italiana, o forte setor doutrinário construiu a chamada *concepção realista do delito*, segundo a qual a infração penal consiste no fato humano ofensivo a um interesse penalmente protegido (MANTOVANI, 1997).

Para FERRAJOLI, no que tange às controvérsias do reconhecimento do princípio da ofensividade no plano constitucional:

Seria ilógico entender que se admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional (FERRAJOLI, 2002, p. 380).

Na doutrina brasileira, Nilo Batista, mostrando a força interpretativa do princípio da ofensividade, enumera quatro funções principais: a primeira consiste em proibir a incriminação de uma atitude interna. Por essa razão, não será possível responsabilizar criminalmente alguém sem que tenha esboçado qualquer conduta que vise a atingir bem

---

<sup>1</sup> VASSALI, Giuliano. **Considerazioni sul principio di offensività**. In: Scritti in memoria di Ugo Pioletti. Milano: Giuffrè, 1982, p. 615, onde podem ser colhidos os vários aspectos e a evolução doutrinária e jurisprudencial do princípio e seu profundo significado garantidor.



alheio, ainda que tenha havido cogitação. A segunda função está em proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, segundo a qual não se devem criminalizar meros atos preparatórios, autolesão, etc. A terceira função visa a proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, tratando-se, pois, de suprimir o direito penal do autor para dar lugar ao direito penal do fato. A quarta função tenciona proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (BATISTA, 2007, p. 91 a 97).

Esta última, por ter fortíssima relação com o tipo de ilícito tratado neste estudo, é a que particularmente interessa. Pois bem, ao direito penal não importa quão desviada da moral ou dos padrões sociais seja determinada conduta. Esta só deverá ser erigida a fato penalmente relevante se vier a pôr em crise algum bem ou valor eleito como digno de tutela penal (SILVA, 2003, p. 94).

O legislador tem-se utilizado crescentemente da tutela de bens jurídicos mediante incriminação com o modelo de tipos de perigo abstrato, sendo que isso decorre em grande parte da natureza das coisas, porquanto há bens, como o meio ambiente, que pareçam inesgotáveis e que hoje são fonte de preocupação, exigindo, em certos casos, uma tutela antecipada. Todavia, vale ponderar que a tendência legislativa referida reflete em grau preocupante a falta de técnica dos elaboradores da lei (SILVA, 2003, p. 95).

Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva

Essa assertiva não significa que não seja necessário em certos casos tipificar ilícitos de perigo presumido. Assim como há tradicionais bens jurídicos dignos de tutela penal, também novos bens têm-se incorporado diante das necessidades hodiernas e devem ser preservados, e, em certos casos, com um modelo legal, como o já citado meio ambiente, a ordem econômica, etc. (SILVA, 2003, p. 95).

Defende, boa parte da dogmática penal, a utilização de tipos de perigo para essa esfera de proteção. Com ela, além de se criar anteparo criminal prévio à ocorrência de dano, acaba por se facilitarem imputações. Para quem aceita a necessidade desse novo Direito Penal, questão primordial se coloca: quais os limites a serem impostos em tal política criminal protetiva e como confrontá-los com o princípio da ofensividade?

O princípio da ofensividade, em uma primeira análise, estaria em confronto com os crimes de perigo abstrato que, por definição, não exigem um dano efetivo, nem um perigo real

para qualquer bem jurídico. Efetivamente, para parte da doutrina penal<sup>2</sup> tais delitos não são compatíveis com um Estado Democrático de Direito por faltar-lhes lesividade. Alegam que a ausência de um resultado externo e destacado do comportamento é imprescindível para a caracterização do injusto penal e, por isso, não será possível a antecipação da tutela penal a âmbitos prévios à ameaça concreta e efetiva de interesses tutelados.

O princípio da ofensividade tem por base a necessária vinculação de uma incriminação com a lesão para o bem jurídico. É verdade que, em casos de perigo abstrato, isso nem sempre é tão claro, o que leva, sempre, à indagação quanto à sua idéia vinculante. Uma gama considerável de autores pretende superar essa indagação, propondo outras formas de classificação e delimitação do perigo. Muitas vezes, tem-se considerado que, em face da determinação constitucional de proteção de certos bens, bem como das características destes, poder-se-ia ter como correta a utilização de uma incriminação de perigo (SILVEIRA, 2006, p. 161).

Tratando do Direito Penal Ambiental, mas com observação válida para todo o Direito Penal contemporâneo, Luiz Regis Prado informa que:

tem-se como preferível, a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato, que ao contrário das de perigo concreto ou de lesão, têm irrefragável influência na aplicação da matéria. Com efeito, elide-se, destarte, o supracitado problema da causalidade dos comportamentos que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas absolvições, lastreadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal. (PRADO, 1992, p. 75 e ss.).

Por outro lado, Winfried Hassemer, um dos expoentes entre os representantes da Escola de Frankfurt, opõe-se à idéia de criminalizar condutas ofensivas ao meio ambiente, visto que para esse autor o direito penal, no campo da política ambiental, tem-se revelado contraproducente. Para ele o direito penal não só não atua preventivamente, como também quando atua dessa forma nada mais consegue que resultados sofríveis. Propõe o autor a criação de um "direito de intervenção", com feições de diversos outros ramos do direito (HASSEMER, 1998, p. 27 a 35).

---

<sup>2</sup> No Brasil, um dos maiores críticos da utilização da tipificação abstrata é Luiz Flávio Gomes. Segundo o autor, é necessário evitar terminantemente qualquer interpretação dos delitos como modelos de mera desobediência ou de perigo abstrato: GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

Doutrinadores espanhóis buscam a superação da aparente incompatibilidade entre os tipos de perigo abstrato e o princípio da ofensividade, reconhecendo nestes delitos um dano efetivo a bens jurídicos difusos, que transformaria sua natureza jurídica e os definiria como crimes de lesão (PAREDES CASTAÑON, 1995; CORCOY BIDASOLO, 1999).

Pierpaolo Cruz Bottini aduz que esta proposta carrega consigo problemas de difícil solução porque, por ela, qualquer tipo penal estaria adequado sob o aspecto da lesividade, pois qualquer conduta proibida, sob uma certa perspectiva, lesiona um bem jurídico difuso. Com isso, esta linha de pensamento acabaria por esvaziar o princípio da ofensividade, pois a própria moral ou o sentimento religioso poderiam ser compreendidos como interesses difusos passíveis de proteção penal, o que legitimaria a criminalização de condutas que atentem contra seus preceitos. Segundo o autor brasileiro, o princípio em tela somente cumpre com sua função de limitação do poder punitivo se estiver atrelado ao conceito de bem jurídico, ou seja, a um interesse, individual ou coletivo, que se refira, em última análise, à dignidade humana (BOTTINI, 2010, p. 207).

Alguns penalistas, como Fábio Roberto D'ávila, não se surpreendem com a usual derroga de princípios fundamentais ou mesmo regras de direito penal, em prol do bom atendimento de objetivos preventivistas. Admitir que determinado princípio é o núcleo fundamental do ilícito criminal não significará dizer, por essa exata razão, que deverá ser mantido, quando em conflito com interesses de prevenção geral. Segundo o autor, os crimes de perigo abstrato são, para muitos, incompatíveis com os princípios elementares de direito penal em um Estado de Direito, incompatibilidade, entretanto, que desaparece, quando se tem, do outro lado, interesses de prevenção geral por atender (D'AVILA, 2009, p. 31).

Inclusive, é válido ressaltar que a doutrina italiana, na voz de Ferrando Mantovani, mesmo considerando o princípio da ofensividade como baricentro de uma ordem penal garantista e democrática, além de princípio recepcionado constitucionalmente, também admite o seu afastamento, para fins de política criminal (MANTOVANI, 1997, p. 323).

A análise da técnica de tipificação abstrata leva em consideração que esse instrumento deve ser visto como elemento dogmático-jurídico inserido dentro de um sistema de Direito Penal, ordenado a partir de uma estrutura total de conhecimentos estabelecida de acordo com princípios, que permite uma conexão com uma série de dogmas necessários para uma visão crítica da ciência penal, na busca de soluções para os conflitos sociais (CAMARGO, 2002, p. 141 e 142).

Assim, a eleição do princípio da ofensividade e sua relação com os crimes de perigo abstrato como objeto de estudo exige uma análise sistemática da ordenação jurídico-penal, o que permitirá entender que um instituto jurídico não é apenas um fenômeno isolado, mas parte de um todo. Valendo-se da preciosa lição de Claus-Wilhelm Canaris como uma das premissas para o empreendimento proposto:

[...] o sistema sofre, através da ordenação de uma nova previsão normativa, em certas circunstâncias, em enriquecimento ou uma modificação interiores, pois o especial não é, aqui, uma mera subespécie, antes surgindo como elemento constitutivo do geral. Existe, portanto, um processo dialético de esclarecimento duplo [...] (CANARIS, 2002, p. 156).

### **3.2. Princípio da intervenção penal mínima**

As exigências da sociedade de risco parecem acenar pela aceitação de um uso mais largo do perigo e, em especial, do perigo abstrato. Há, porém, de se impor alguns limites à sua aceitação, pois sob vários prismas a relação dos crimes de perigo com os ideais liberais do Direito Penal clássico é conflituosa.

A intervenção penal em um Estado Democrático de Direito somente poderá ser subsidiária, ou, em outras palavras, de intervenção mínima, na medida em que se utilize o direito penal nos estritos limites de necessidade, quando outros meios de controle social não forem aptos a proteger os bens jurídicos valorados como essenciais. O mínimo aqui significa subsidiário, *ultima ratio*, norteado pela necessidade.

O direito penal mínimo, oriundo das idéias iluministas e via intermediária entre as teorias abolicionistas e o movimento da “lei e ordem”, conta hoje com assento constitucional (é princípio constitucional implícito – art. 1º, III, CF). Respeita a dignidade da pessoa humana, tendo como efeito o fato de esta não ser penalmente constrangida, quando a mais grave forma de intervenção estatal for desnecessária.

A Constituição Federal, em seu art. 225, § 3º, estipula a necessidade de a lei regular a responsabilidade penal dos infratores ao meio ambiente. Claro que tal previsão tem força vinculante, mas talvez não deva essa responsabilidade ser vinculada, obrigatoriamente, à tipificação do perigo abstrato. Este deve, sempre, ser deixado para situações de *ultima ratio*.

Legislações recentes, como as de Espanha e Portugal, comprometidas com os princípios do direito penal liberal-democrático revelam que a pronta recusa de tipos de perigo

abstrato, assim como uma radical oposição à criminalização de novas formas de ofensa a novos bens jurídicos, não está em consonância com uma visão realista.

Porém, isso não significa afirmar que se deva inflacionar as leis com tal tipo de incriminação, pois só o fato de o crime ser de perigo abstrato poderá pôr em crise os princípios conquistados pelo avanço do Direito Penal. Parâmetros devem ser estabelecidos e a natureza do bem deve ser analisada em um cotejo com a conduta descrita. Nesse sentido, a necessidade de tutela ambiental antes da ocorrência do dano efetivo, visando a proteção da vida das gerações presentes, dá respaldo à utilização de crimes de perigo abstrato no Direito Penal Ambiental.

É evidente que se a norma não comportar uma tipificação como delito de dano ou, ainda, de perigo concreto, terá de ser de perigo abstrato, sob pena de, com a inação estatal, punir-se toda a coletividade. Os crimes de perigo abstrato correspondem às exigências de tutela de um sistema penal liberal-democrático, desde que a tutela na forma de perigo concreto resulte insuficiente pela dificuldade de precisar os termos de probabilidade da lesão, respeitando assim o princípio da subsidiariedade (SILVA, 2003, p. 129).

### **3.3. Princípio da proporcionalidade**

Surgido nos séculos XVII e XVIII, sob o embasamento das teorias jusnaturalistas empreendidas na Inglaterra, o princípio da proporcionalidade remonta à busca de limitação do poder do Estado, no âmbito do Direito Penal e do Direito Administrativo. Origina-se na idéia de tutela do direito de liberdade individual em face do império da Administração num período de transição do Estado de Polícia para o Estado de Direito.

É um princípio que tem suporte constitucional, como imposição do Estado de Direito e hoje, em sentido amplo, é entendido como proibição de excesso ao legislador perante direitos fundamentais. Decompõe-se em três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Sem sombra de dúvidas, na edição de leis penais o legislador deve ter em conta o princípio da proporcionalidade no momento da tipificação de condutas delituosas. Se o fizer de forma arbitrária, deve o intérprete adequá-la aos padrões de legitimidade.

Para se investigar se os delitos de perigo abstrato afrontam o princípio da proporcionalidade, deve-se ter em conta todos os subprincípios deste. Todavia, é mister que se tenha presente a relevância do bem a ser tutelado. Há que se partir do pressuposto de que o bem decorra da Constituição, ou ao menos que se ponha em contradição a ela, e seja relevante. E nesse caso, quando se fala em meio ambiente como bem jurídico, não há dúvidas sobre sua previsão constitucional no art. 225, § 3º, da Carta Magna, inclusive com a exigência de proteção penal.

Não é correto afirmar, como muitos afirmam, que os crimes de perigo abstrato ferem o princípio da proporcionalidade só pelo fato de o perigo figurar de forma presumida. Deve-se fazer uma análise do tipo, pois há situações em que a experiência revela que o perigo é inerente à conduta.

Para atender ao princípio da proporcionalidade, o crime de perigo abstrato deverá, antes de tudo, apresentar uma precisa descrição na qual a conduta afete, ao menos potencialmente, um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, de acordo com as regras de experiência e do bom senso. Deve-se, então, analisar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e, num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio (incriminação) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador deverá avaliar a conveniência e ser prudente para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. Assim, ora o crime de perigo abstrato será proporcional ao fato, ora não (SILVA, 2003, p. 138).

#### **4. CONCLUSÃO**

O Direito penal, como mecanismo de controle social, deve se adaptar à dinâmica da sociedade e produzir reações que sejam capazes de atender à política social dos tempos atuais e ao mesmo de respeitar os ditames dos princípios constitucionais penais.

O reconhecimento da atuação do Direito penal na tutela ambiental é necessária, por possuir a função inequívoca de proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos, tanto individualmente como coletivamente considerados. Sua orientação necessariamente deve pender para a prevenção de ofensas a estes bens jurídicos, sob pena de perda de sua eficácia.

A noção de perigo abstrato sempre foi tida em um caráter negativo ou secundário, remetendo à idéia de situações onde não se percebia uma lesão, nem uma aferição de perigo concreto. Pelo menos até o horizonte da nova sociedade de risco, pode-se perceber seu limitado uso pelo Direito Penal. Porém, o que antes era exceção e simples eventualidade hoje mostra-se quase que como uma regra de tipificação de condutas, ou criminalização primária, sendo o Direito Penal Ambiental grande exemplo de tal situação.

É evidente que o Direito Penal, para que possa bem cumprir sua função tuteladora de valores e ser eficaz, deve assumir um papel preventivo a fim de evitar danos incorrigíveis e situações ambientais catastróficas. A técnica de tipificação mais compatível com esses anseios de antecipação da proteção penal é a criminalização antecipada do perigo, a fim de se evitar que o planeta corra riscos ou catástrofes anunciadas.

Porém, os princípios constitucionais devem sempre ser respeitados, exigindo-se ainda uma idônea seleção de condutas e de bens e uma construção típica que restrinja ao máximo os elementos normativos do tipo, com uma bem demarcada taxatividade.

Em última análise, o uso da proteção *in abstracto* em situações supra-individuais é aceitável, ou por vezes até mesmo necessária. A política criminal pode sustentar uma criminalização antecipada, mas a isso não se confunde uma liberação desenfreada deste grau de tutela.

## 5 . REFERÊNCIAS BILIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves de. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuais**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos**. Studia Juridica n. 85. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale – Parte generale**. Bologna: Zanichelli, 1995.

\_\_\_\_\_. **La tipizzazione del pericolo**. Dei Delitti e delle Pene, anno II, n. 3, 1984.

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.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, 2004.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.

\_\_\_\_\_. **A preservação do meio ambiente através do direito penal**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 22, 1998.



JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MANES, Vittorio. **Il principio di offensività nel diritto penal. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza**. Torino: Giappichelli, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. **Il principio di offensività nello Schema di Delega Legislativa per un Nuovo Codice Penale**. RIDirPP n. 2, 1997.

\_\_\_\_\_. **Il principio di offensività del reato nella Costituzione italiana**. In: Scritti in onore di C. Mortati, vol. IV, Milano, 1977.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en La sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (in)eficiência do direito penal moderno para a tutela do meio ambiente na sociedade de risco (Lei n. 9.605/98)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PALAZZO, Francesco. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel. **El riesgo permitido em derecho penal (Régimen jurídico-penal de actividades peligrosas)**. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal ambiental. Problemas fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudência**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

\_\_\_\_\_. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2008.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. **El moderno derecho penal y la anticipación de La tutela penal**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

VASSALI, Giuliano. **Considerazioni sul principio di offensività.** In: Scritti in memoria di Ugo Pioletti. Milano: Giuffrè, 1982.