

**Helena Regina
Lobo da Costa**

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Mestre e Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo. Professora do GVlaw. Coordenadora do Departamento
de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim.
Membro do Conselho Editorial da *Revista Brasileira de Ciências Criminais*.
Ex-pesquisadora na Johann Wolfgang Goethe Universität, em Frankfurt
am Main, Alemanha; e no Instituto Max-Planck de Direito Penal,
em Freiburg, Alemanha. Advogada em São Paulo.

Proteção Penal Ambiental

Viabilidade • Efetividade
Tutela por outros ramos do direito

2010

 **Editora
Saraiva**



Rua Honório Schumann, 270, Carqueia César — São Paulo — SP
CEP 05413-909

PABX: (11) 3613 3000

SACJUR: 0800 055 7888

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesso: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/ROREIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dorea, 23 — Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURÍ (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurí

CEARA/PIAUÍ/MARANHAO

Av. Florentino Gomes, 670 — Jacaracanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL, Trecho 2, Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagás, 136 — Batista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prada Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAIBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Fátima

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Amâncio, 92 — Barra Funda

Fone: (11) 3613-3666 — São Paulo

ISBN 978-85-02-08435-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Costa, Helena Regina Lobo da

Proteção penal ambiental : viabilidade — efetividade —
tutela por outros ramos do direito / Helena Regina Lobo da
Costa. — São Paulo : Saraiva, 2010.

1. Crimes contra o meio ambiente - Brasil. 2. Direito
ambiental - Brasil. 3. Direito penal - Brasil. 4. Meio ambiente
5. Política ambiental - Brasil. 6. Proteção ambiental - Leis e
legislação - Brasil. I. Título.

09-05548

CDU-343:349.6 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Meio ambiente : Tutela penal :
Direito 343:349.6 (81)
2. Brasil : Tutela penal : Meio ambiente :
Direito 343:349.6 (81)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Assistente editorial Rosana Simone Silva

Produção editorial Ligia Alves

Clarissa Boraschi Maria

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy

Bernardete Rodrigues de Souza Maurício

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Claudirene de Moura Santos Silva

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Ivone Rufina Calabria

Sandra Garcia Cortês

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva

Vinicius Azevedo Vieira

Capa Dellfin [Studio Del Rey]

Imagem de capa James Hager / Getty Image

351.777:343.2

C872.p

BCI, 111

Data de fechamento da edição: 8-2-2010

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio
ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e
punido pelo artigo 184 do Código Penal.



11/12/2013

Aos meus pais, Nielce e Jorge,
pelo carinho, apoio e compreensão

Ao André, por compartilhar meus sonhos

Há quem acredite que as dificuldades causadas pelos crimes de acumulação poderiam ser contornadas com a aplicação dos conceitos dogmáticos já firmados para a determinação da necessidade de uma incriminação²²⁷. Não me parece, todavia, que tais conceitos consigam fornecer respostas a essas questões.

A proposta de Fábio D'Ávila, no sentido de só se admitir tal figura quando houver um contexto concreto de instabilidade²²⁸, parece conferir algum conteúdo material ao ilícito que o relacione com a proteção do bem jurídico. Ela merece, ainda, maior reflexão e, se se revelar como uma alternativa legítima para a justificação da estrutura de tipos de acumulação, reduzirá de forma significativa o âmbito legítimo de aplicação do direito penal.

1.1.2.5. Conclusão

A questão acerca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato está longe de obter uma resposta doutrinária satisfatória. Seu uso exacerbado na esfera ambiental deixa muitos pontos de interrogação no que tange à legitimidade de diversos tipos penais.

Além disso, a contribuição que essa estrutura típica traz aos objetivos político-criminais é bastante limitada, já que "o direito penal, como instrumento do controle social que atua por meio da imputação de responsabilidades individuais no trato social com bens jurídicos 'funciona' melhor quando utiliza os clássicos delitos de resultado"²²⁹.

Assim, o espaço que os crimes de perigo abstrato devem ocupar no direito penal tem de ser limitado²³⁰ por meio de critérios materiais. Além

bagatelares acaba sendo disfuncional, pois passa a idéia de que os crimes ambientais seriam delitos de menor importância (KLEINE-COSACK, Eva. *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*. Berlin: Erich Schmidt, 1988. p. 182).

²²⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, cit., p. 149-150.

²²⁸ D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. cit., p. 384 e s.

²²⁹ RONZANI, Marco. *Erfolg und individuelle Zurechnung im Umweltstrafrecht: eine Studie zur Funktionalität der Strafrechtsdogmatik im Umweltschutz unter besonderer Berücksichtigung des Schweizer Rechts*. Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Inst. für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1992. p. 24.

²³⁰ Como reconhecem diversos autores, tais como Ângelo Roberto Ilha da Silva, que afirma: "Os crimes de perigo abstrato devem voltar-se à tutela de bens valorados como essen-

disso, se o legislador está, de certo modo, mais livre para decidir, o juiz deve ter maior margem para apreciar esta decisão. Afinal, poder e legitimidade constituem uma relação de interdependência (Weber).

Por fim, deve-se deixar de lado o "mito da imprescindibilidade" dos crimes de perigo abstrato²³¹, reconhecendo que, também em termos funcionais, eles apresentam dificuldades, visto que o delito se torna menos "tangível" e, portanto, menos visível socialmente.

Seu campo de aplicação deve ser, portanto, bastante limitado, repisando que os critérios para essa limitação ainda precisam ser determinados com exatidão pela doutrina penal.

1.1.3. A complementação do tipo penal pelo direito administrativo

O preenchimento de elementos do tipo penal por meio de conceitos, normas ou atos oriundos do direito administrativo consiste na denominada assessoriedade administrativa do direito penal. A assessoriedade administrativa não caracteriza apenas o direito penal ambiental, sendo marcante também, por exemplo, em normas penais tributárias, de trânsito ou de entorpecentes. Todavia, no que se refere ao meio ambiente, parece ser a assessoriedade administrativa quase inafastável.

Isso se explica pelas próprias características da regulamentação ambiental. Ela envolve conhecimentos técnicos específicos, detalhadas diferenciações de tratamento entre regiões diversas, balanceamento da proteção ambiental com objetivos econômicos e, sobretudo, delimitação em muitos

ciais, por meio de uma idônea seleção de condutas que por sua natureza sejam vulneradoras de tais bens, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, além de serem construídos com rigorosa taxatividade, restringindo-se ao máximo os elementos normativos do tipo, conferindo-se uma precisão dos limites do proibido nos casos em que seja inviável a configuração de crimes de dano ou de perigo concreto, com base na experiência e no bom senso" (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 145). Também no sentido de uma limitação, Fábio D'Ávila assim se manifesta: "Daí percebermos que, embora consistam em realidades dogmáticas absolutamente legítimas, a técnica de tipificação através de crimes de perigo abstrato é excepcional, devendo ser utilizada apenas quando as circunstâncias que envolvem o fato e as características do bem jurídico a proteger, cotejadas à luz dos interesses de política criminal, indicarem-na como meio de tutela necessário e indispensável" (D'ÁVILA, Fábio Roberto. Op. cit., p. 104, com farta indicação bibliográfica no mesmo sentido).

²³¹ CARO CORIA, Dino Carlos. Op. cit., p. 668.

casos quantitativa da conduta proibida. Além disso, constantemente substâncias novas passam a ser utilizadas em processos industriais, descobrindo-se, então, seu caráter poluidor, sendo, a seguir, estabelecida sua proibição ou controle em sua utilização²³². Essas tarefas não se coadunam com o alcance do direito penal. Instrumento estruturalmente avesso a flexibilizações, o tipo penal não consegue – nem deve – abarcar tamanho detalhamento e complexidade, impondo-se o recurso ao direito administrativo.

Entretanto, apesar de o auxílio do direito administrativo parecer inarredável e decorrer das próprias características da matéria ambiental, a assessoriedade administrativa não se revela isenta de problemas no direito penal, especialmente no que se refere à sua difícil convivência com princípios penais fundamentais. Tanto é assim que ela tem sido descrita como o calcanhar de Aquiles do direito penal ambiental²³³.

O objetivo deste tópico é descrever as diversas formas pelas quais a assessoriedade administrativa tem surgido no direito penal. Antes disso, será necessário um breve esclarecimento grafoterminológico. A seguir, serão expostos os inúmeros problemas de legitimidade gerados pela assessoriedade administrativa no direito penal, questionando-se, ao final, se, em vez de buscar uma flexibilização dos princípios penais mais fundamentais – o que vem acontecendo –, esse fenômeno não deveria levar a uma reflexão acerca das possibilidades de tratamento penal dos danos ambientais.

1.1.3.1. Terminologia

A expressão “assessoriedade administrativa” tem sido usada de forma cada vez mais frequente na doutrina penal para se referir à complementa-

²³² Sobre o tema, vide HEINE, Günter. *Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Rechtsvergleichende Funktionsanalysen – unbestimmte Rechtsbegriffe – Reichweite von Genehmigungen*. *Neue Juristische Wochenschrift*, München; Frankfurt, ano 43, n. 39, p. 2429, 1990.

²³³ ESER, Albin. *Ökologisches Recht*. In: MARKL, Hubert. *Natur und Geschichte*. München; Wien; Oldenburg, 1983. p. 387. Já no início das discussões sobre o direito penal ambiental na Alemanha, a assessoriedade administrativa era apontada como um problema. Vide, por exemplo, TIEDEMANN, Klaus. *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts: gutachtliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Sechzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität)*. Berlin – New York: Walter de Gruyter, 1980. p. 25 e s.

ção do tipo penal por meio de conceitos, normas ou atos administrativos, especialmente na seara ambiental.

Não se trata de conceito exclusivo do direito penal. O direito civil conhece a ideia de acessoriedade, bem como o direito tributário. Todavia, nesses âmbitos, o conceito de acessoriedade remete à dependência de um ramo do direito em relação a outro.

No direito penal, a expressão parece ter sido adotada pela doutrina mais por influência da terminologia alemã, também adotada pela doutrina portuguesa e espanhola, do que pela influência do direito civil ou do direito tributário brasileiros. É importante destacar que, no caso do direito penal ambiental, cuida-se de um fenômeno mais amplo do que a mera dependência do direito penal em relação ao direito administrativo.

O direito penal ambiental é auxiliado, socorrido ou assessorado pelo direito administrativo, sem que isso o torne, necessariamente, dele dependente. Em muitos casos, a configuração do tipo penal dependerá, efetivamente, de uma decisão da esfera administrativa. Todavia, podem existir tipos penais cuja redação remeta a um simples conceito do direito administrativo, o que não significa, nesta hipótese específica, que será necessária uma decisão na esfera administrativa acerca de eventual ilícito para a configuração do delito.

Por essa razão, acredito que a grafia assessoriedade administrativa descreve o fenômeno de modo mais exato, pois remete à ideia de assessorar, ou seja, auxiliar na construção do tipo penal. Assim, abarcam-se não só as situações de efetiva dependência, mas também aquelas de mera complementação conceitual ou normativa.

Além disso, ela evita uma confusão comum, consistente no entendimento de que a expressão “assessoriedade administrativa” é, na verdade, um *tópos* crítico, que busca contestar o uso do direito penal como mero acessório de outros ramos do direito²³⁴.

²³⁴ A meu ver, crítica que pode mostrar-se equivocada, em razão do caráter subsidiário do direito penal. Sobre o assunto, vide: LÜDERSEN, Klaus. *Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?* In: ARNOLD, Jörg et al. (Hrsg.). *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 2005. p. 163-180.

Não se ignora, todavia, que essa grafia – e sua consequente diferença substancial – diverge da quase totalidade doutrinária²³⁵.

1.1.3.2. Formas de relacionamento entre o direito penal ambiental e o direito administrativo

Günter Heine, comparando modelos de relacionamento entre o direito penal ambiental e o direito administrativo em diversos países, identificou três modos de relacionamento entre o direito administrativo e o direito penal²³⁶: uma proteção penal absolutamente independente, uma proteção penal absolutamente dependente e uma proteção penal relativamente dependente. Importa ressaltar que o autor estabeleceu essa relação na análise de cada tipo penal, dependendo da estrutura do tipo²³⁷. Mata Barranco, que também adota essa classificação, destaca que há um diferente sentido de proteção em cada uma dessas formas²³⁸. Deve-se mencionar, também, que, em decorrência deste diferente sentido de proteção, há também diferentes condições para a legitimidade de cada modelo.

No caso da proteção penal absolutamente independente do direito administrativo, a incriminação não se apoia em parâmetros definidos pela administração. Via de regra, fundamenta-se na existência de um perigo concreto ou de uma lesão à vida ou à integridade das pessoas.

²³⁵ Com exceção de SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 138 e s. O autor, entretanto, passa a usar "acessoriedade" em obra posterior: *Direito penal econômico como direito penal de perigo*, cit., p. 143 e s.

²³⁶ Tiedemann e Kindhäuser, por sua vez, afirmam haver três formas de assessoriedade: 1) a decisão administrativa é uma causa de justificação especial; 2) a lesão de dever administrativo é um elemento adicional do tipo; 3) a norma penal se resume à obediência de um determinado preceito administrativo. Ressalte-se que os autores admitem a última espécie de assessoriedade quando se tratar de proteção de um valor importante, em face de um "medo elementar" (TIEDEMANN, Klaus; KINDHÄUSER, Urs. *Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform? Neue Zeitschrift für Strafrecht*, München; Frankfurt, n. 8, ano 8, p. 342-343, 15 ago. 1988).

²³⁷ HEINE, Günter. *Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Rechtsvergleichende Funktionsanalysen – unbestimmte Rechtsbegriffe – Reichweite von Genehmigungen*, cit., p. 2425-2434. Essa classificação é adotada também por Norberto J. de la Mata Barranco. Confira: MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: Cedecs, 1996.

²³⁸ MATA BARRANCO, Norberto J. de la. Op. cit., p. 63.

Para que o direito penal possa, sem recorrer ao auxílio do direito administrativo, proibir condutas que lesionam o meio ambiente, é preciso que ele mesmo estabeleça parâmetros que delimitem a conduta lesiva. Não há como fixar parâmetros técnicos de cada atividade na norma penal – sob o risco de se cair em caótico casuísmo, que em nada contribui para a clareza e certeza dos tipos penais. Outrossim, haveria contradições entre os valores penalmente definidos e aqueles determinados pela administração. Parece, então, que a única forma de estabelecer tais parâmetros de modo alheio ao direito administrativo é exigindo, para a configuração do tipo penal, o perigo concreto ou a lesão à vida ou à saúde humanas²³⁹, parâmetro geral com o qual o direito penal conseguiria definir a conduta.

Esse sistema, ainda que independente do direito administrativo, não pode ignorar as permissões administrativas²⁴⁰. Assim, a conduta permitida ao agente pelo direito administrativo não pode, evidentemente, ser penalmente ilícita. Além de ser um imperativo decorrente da unidade do direito, não se pode exigir do agente que vá além de obedecer à permissão obtida da autoridade administrativa.

Portanto, para que um tipo penal se estruture de modo absolutamente independente do direito administrativo, deve descrever conduta que coloque em perigo ou lesione a saúde ou a vida, todavia ressaltando os casos de condutas permitidas pelo direito administrativo.

Essa proposta, que afasta os problemas da complementação do tipo pelo direito administrativo, acaba por esbarrar em problemas de causalidade e comprovação do nexo causal²⁴¹.

²³⁹ Essa é a proposta de Paulo de Sousa Mendes, após examinar toda a problemática da assessoriedade administrativa. MENDES, Paulo de Sousa. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2000. p. 178 e s. Rüter também defende um direito penal ambiental focado em "um ou dois tipos penais centrais, dissociados do direito administrativo". RÜTHER, Werner. *Imanente oder radikale Reform des Umweltstrafrechts? More of the same oder Weniger ist mehr? Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, ano 76, fasc. 3, p. 244, 1993.

²⁴⁰ Nesse sentido, PALAZZO, Francesco Carlo. *Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Itália*, cit., p. 79.

²⁴¹ Como já advertiu Palazzo: "figuras centradas en el resultado concretamente ofensivo encontrarían, antes que todo, serias dificultades de descripción legislativa de la acción y, por otro lado, arduos problemas de comprobación del nexo causal entre el resultado

Há quem defenda um modelo independente em que os parâmetros administrativos sirvam como indicativos não vinculantes para o juiz penal²⁴². Esse modelo esbarra, obviamente, em um problema de segurança jurídica, já que o juiz teria um âmbito quase ilimitado de liberdade para determinar o conteúdo do tipo penal, o que me parece inadmissível.

Já num modelo típico de absoluta dependência, o tipo penal objetivo se aperfeiçoa com a mera desobediência administrativa²⁴³, sem questionamentos materiais relacionados à afetação do bem jurídico meio ambiente. A proteção penal está, em tal modelo, voltada à tutela imediata da atividade administrativa relacionada ao meio ambiente.

A ilegitimidade de tal sistema salta aos olhos, já que a atividade administrativa, em si, não é um bem jurídico tutelável pelo direito penal. Falta-lhe a necessária relação com a pessoa humana, sem a qual não é possível proteger penalmente o meio ambiente.

Além disso, como bem aponta Mata Barranco, "además del injusto administrativo que pueda producirse, la intervención penal ha de exigir, como *plus*, un desvalor de acción o de resultado complementarios y cualificados sobre dicho injusto"²⁴⁴.

Portanto, não há como se admitir um sistema penal absolutamente dependente do direito administrativo, que automaticamente transforma em crime o ilícito administrativo, sem questionamentos sobre a afetação de um bem jurídico-penal.

Por seu turno, o modelo de relativa dependência se vale do direito administrativo para fixar algumas condições do tipo penal, mas elas não são suficientes, isoladamente, para determinar a tipicidade objetiva. Além do descumprimento de normas administrativas, a conduta deve ser apta a

'final' y 'complejo' constituyendo elemento esencial del delito y de las conductas delictivas individuales" (PALAZZO, Francesco Carlo. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia, cit., p. 77).

²⁴² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Op. cit., p. 226, com outras indicações bibliográficas no mesmo sentido.

²⁴³ Sobre mera desobediência, ver TIEDEMANN, Klaus. *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts: gutachtliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Sechzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes* (Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität), cit., p. 17-18.

²⁴⁴ MATA BARRANCO, Norberto J. de la. Op. cit., p. 74.

colocar em perigo ou lesionar o bem jurídico meio ambiente. No plano subjetivo, não se deve olvidar que tais elementos administrativos contidos no tipo penal são elementos típicos essenciais, que precisam ser abarcados pelo dolo do agente.

Esse modelo, para que não se volte à mera tutela da atividade administrativa, precisa sempre exigir a demonstração do perigo ou da lesão ao bem jurídico como condição necessária para a configuração objetiva do modelo típico.

Esse dado é fundamental, devendo sempre nortear a redação do tipo penal ou, caso isso não ocorra, deve orientar sua interpretação e aplicação. É preciso ter sempre presente, no tratamento do tipo penal, que o recurso ao direito administrativo se dá por exigências da própria matéria, mas que o direito penal não se transmuda, com isso, em meio de tutela do bom funcionamento da administração ou em instrumento para assegurar a eficácia do sistema administrativo ambiental.

1.1.3.3. Formas de manifestação

A complementaridade do tipo penal por intermédio de dados oriundos do direito administrativo se dá de três formas: conceitual, normativa e de ato²⁴⁵.

A assessoriedade conceitual se verifica quando um elemento do tipo penal remete, em sua interpretação, a conceitos do direito administrativo. Essa forma de assessoriedade parece ser a que menos questionamentos

²⁴⁵ No mesmo sentido: MATA BARRANCO, Norberto J. de la. Op. cit., p. 78-92. Klaus Rogall, por sua vez, diferencia entre assessoriedade formal, material e jurídico-processual (ROGALL, Klaus. Die Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts – Alte Streitfragen, neues Recht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, v. 142, p. 304, 1995). Na Alemanha, a classificação mais corrente é aquela entre assessoriedade normativa (*Verwaltungsrechtsakzessorietät*) e assessoriedade de ato (*Verwaltungsaktakzessorietät*). Vide, por exemplo: BREUER, Rüdiger. Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht? *Neue Juristische Wochenschrift*, München, ano 41, fasc. 34, p. 2078, ago. 1988. FRISCH, Wolfgang. *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, cit., p. 7 e s.

acarreta²⁴⁶, pois se trata de preencher conceitos já pré-delimitados pelo direito penal.

A assessoriedade normativa (*Verwaltungsrechtsakzessorietät*)²⁴⁷ se caracteriza pela remissão do tipo penal a normas administrativas. Ela consiste na determinação do limite entre o proibido e o permitido por meio de normas administrativas de caráter geral (tais como decretos, portarias ou resoluções). Como exemplo, pode-se citar o art. 56 da Lei n. 9.605/98²⁴⁸. A norma penal marcada por esse tipo de assessoriedade é denominada pela doutrina norma penal em branco.

O problema fulcral de legitimação desses tipos penais reside na hierarquia da norma que opera a complementação. A rigor, para evitar choques com o princípio da legalidade, apenas leis emanadas do Congresso Nacional poderiam complementar a norma penal. Do contrário, há uma delegação da atribuição legislativa em matéria penal, o que seria proibido pela Constituição Federal, como aduzem Pierangeli e Zaffaroni²⁴⁹.

Nesse ponto, as normas ambientais brasileiras são de todo inapropriadas para a complementação do tipo penal, conforme anota José Afonso da Silva:

²⁴⁶ Devendo-se, entretanto, chamar atenção para casos de “falsa” assessoriedade conceitual, como o exemplo, fornecido por Luís Greco, do conceito de floresta de preservação permanente que, em muitos casos, depende de um ato da administração para sua configuração. GRECO, Luís. 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. 58, p. 159-160, jan./fev. 2006.

²⁴⁷ Sobre a diferenciação entre assessoriedade normativa e assessoriedade de ato administrativo, vide: BREUER, Rüdiger. *Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz – Vom Ersten zum Zweiten Umweltkriminalitätsgesetz*. *Juristen Zeitung*, Tübingen, ano 49, p. 1083 e s., nov. 1994. FRISCH, Wolfgang. *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, cit., p. 7-19.

²⁴⁸ “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 ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos”.

²⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 449.

A questão mais delicada da Política Nacional do Meio Ambiente reside na qualidade dos meios normativos de sua execução. Habitou-se, desde o regime militar, a atuar nessa matéria por meio de portarias e resoluções de órgão do *Sistema Nacional do Meio Ambiente*, o que facilita a sua criação e alteração. Essa flexibilidade, se por um lado é conveniente, em face de situações de emergência, por outro importa insegurança jurídica para os destinatários desses instrumentos infralegais, cumprindo, mesmo, verificar, em cada caso, até que ponto a situação regulada não exigiria lei, a fim de resguardar o princípio da legalidade, que se acha inscrito no art. 5º, II, da Constituição da República (grifo do autor)²⁵⁰.

Todavia, há na doutrina posição já bastante consolidada que afirma ser a norma penal em branco uma decorrência natural da divisão de poderes do Estado. O legislador poderia, especialmente em matérias que assim o exijam, deixar espaços a serem complementados pelo Poder Executivo no tipo penal. Entretanto, essa delegação deveria ocorrer de forma bem delimitada, ficando o Executivo adstrito ao preenchimento do conteúdo a partir de uma moldura bem delineada pelo legislador.

Essa delimitação é fundamental para evitar uma deslegalização velada do tipo penal, que pode ocorrer quando a delegação foi além da regulamentação de aspectos complementares²⁵¹. Contudo, a distinção entre elementos fundamentais e complementares do tipo penal é, evidentemente, um critério falho, pois indeterminado, e não se presta a fornecer respostas seguras à questão.

²⁵⁰ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 211. Em outro trecho, discorrendo sobre as normas de poluição do solo, o autor comenta: “É uma legislação pobre, assistemática, casuística, infralegal (portarias, portarias normativas, resoluções de vários tipos de órgãos), com validade e eficácia muito discutíveis” (p. 100). Também Vladimir e Gilberto Passos de Freitas reconhecem que “as normas legais e infralegais são inúmeras, complexas, aplicadas por órgãos diversos (federais, estaduais ou municipais). Pode-se afirmar, sem medo de erro, que apenas as pessoas ligadas diretamente ao assunto, de regra procuradores ou funcionários de órgão ambiental, possuem noções dos ilícitos administrativos” (FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 304).

²⁵¹ MATA BARRANCO, Norberto J. de la. Op. cit., p. 82.

Ademais, o risco de deslegalização também está presente no momento do preenchimento do espaço em branco, como bem destacam Pierangeli e Zaffaroni:

O Poder que completa a lei em branco deve ter o cuidado de respeitar a natureza das coisas porque, do contrário, através de tal recurso, pode ser mascarada uma delegação de competências legislativas penais. Assim, por exemplo, o Executivo não pode incluir o café na lista de substâncias entorpecentes, como tampouco incluir o vinho²⁵².

Deve-se advertir, ainda, que também a norma que complementa o tipo deve obedecer a parâmetros de certeza e determinação, sob pena de violação indireta do princípio da legalidade, em sua vertente *lex certa*, isto é, a taxatividade do tipo penal.

Diante da ausência de critérios claros e firmes para o tratamento da norma penal em branco, resta reconhecer que se trata de uma questão em aberto, que o Poder Judiciário deve examinar, concretamente, com rigor e à qual a doutrina precisa dedicar maior atenção. Paire, pois, sobre essas normas a grave suspeita de violação do princípio da legalidade.

A assessoriedade de ato (*Verwaltungsaktakzessorietät*)²⁵³, por sua vez, ocorre quando o tipo penal remete a autorização, licença ou outro ato administrativo autorizador ou, ainda, a proibição ou interdição especificamente determinados²⁵⁴.

A assessoriedade de ato é, sem dúvida, aquela que apresenta os maiores desafios quanto à sua legitimidade. Segundo essa técnica, a conduta

objetiva descrita no tipo desrespeita uma autorização ou transgredir uma proibição fixada administrativamente, de forma específica, por meio de um ato administrativo.

Os atos administrativos de autorização, licença e permissão, de um lado, e as proibições ou interdições, de outro, têm, em matéria ambiental, uma importância nevrálgica. São eles que determinam, levando em consideração as características de cada local e cada atividade, os limites da conduta permitida. Além de consistirem, pois, em um importante instrumento de controle ambiental para a administração pública, eles possuem um relevante caráter informativo, esclarecendo ao destinatário da norma, de forma objetiva e específica, quais são os limites de sua conduta.

Se, por um lado, o ato autorizativo ou proibitivo concreto gera segurança ao administrado, comunicando-lhe regras claras de comportamento, por outro há uma série de problemas trazidos por esses atos ao adentrarem a estrutura típica do direito penal.

Em primeiro lugar, o conteúdo material do ilícito passa a ser determinado em grande medida pelo funcionário da administração responsável pelo ato autorizativo ou proibitivo²⁵⁵. Em tipos penais que não exigem outros elementos indicativos de lesão ao bem jurídico meio ambiente²⁵⁶, típicos dos sistemas de relacionamento absolutamente dependente do direito administrativo, surgem problemas graves de legitimidade. Müller-Tuckfeld descreve com precisão esse fenômeno:

O próprio limite de cada tipo penal se move em função de critérios de discricionariedade administrativa, que podem ser muito diferentes dependendo de uma *praxis* mais severa ou mais leve naquele local, tratativas entre funcionários responsáveis pelo planejamento, políticos e a indústria, consideração acerca de locais de produção, postos de trabalho e receitas tributárias dependentes de atividades empresariais²⁵⁷.

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 450.

²⁵³ Luís Greco chama a atenção para que essa terminologia alemã não é inteiramente apropriada para o sistema brasileiro, já que nosso direito administrativo também considera os atos normativos de caráter geral como ato administrativo. Desse modo, é importante destacar que os atos administrativos aqui referidos são apenas aqueles de caráter concreto. GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o administrativo no direito penal ambiental, p. 160-161.

²⁵⁴ José Afonso da Silva ressalta que nossa legislação ambiental usa os termos licença e autorização sem qualquer atenção às distinções doutrinárias, que definem a licença como ato vinculado, em que preexiste o direito subjetivo, mas é necessário o preenchimento de exigências. Já a autorização seria um ato precário e discricionário e a atividade, violação de regra, estaria proibida. O autor cita alguns exemplos de usos incorretos desses conceitos pela nossa legislação ambiental. SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 278 e s.

²⁵⁵ No mesmo sentido, Seelmann diz que, assim, a ilicitude acaba por se tornar um ato de definição por terceiros, faltando a evidência da "maldade" típica dos crimes clássicos. SEELMANN, Kurt. Risikostrafrecht, cit., p. 457.

²⁵⁶ Como, por exemplo, o art. 54, § 3º, da Lei n. 9.605/98. Marcelo Leonardo, sobre ele, aduz haver: "manifesto arbítrio para a autoridade administrativa ambiental, que pode, por ato seu de caráter singular, dirigido a agente determinado, criar um tipo penal novo, através de uma simples notificação fiscal ambiental". LEONARDO, Marcelo. Op. cit., p. 165.

²⁵⁷ MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Die Probleme der Verschärfung und die Verschärfung der Probleme, cit., p. 81.

Outrossim, no direito administrativo brasileiro há competências comuns na esfera ambiental e, no que se refere a alguns atos de autorização ou licença, competências sobrepostas. Não raro ocorrem conflitos de competência entre órgãos ambientais de diferentes entes da federação, sendo comum a expedição de licenças por um órgão que, posteriormente, vêm a ser contestadas por outro²⁵⁸. Andreas Krell menciona que “representantes do próprio IBAMA criticam que, até hoje, não houve uma definição mais clara dos papéis dos órgãos estaduais e municipais dentro do SISNAMA”²⁵⁹.

Além disso, o ato administrativo, por sua própria natureza, implica sempre certo grau de discricionariedade da autoridade administrativa quando de sua fixação²⁶⁰, o que reduz ainda mais o grau de previsibilidade e de segurança jurídica.

Atos de autorização ilícitos, como, por exemplo, licenças ou autorizações concedidas em desacordo com a legislação ambiental, igualmente criam problemas que terão de ser resolvidos pela dogmática penal. Pode ocorrer, ainda, fraude ou corrupção na obtenção da autorização ou licença. Todas as hipóteses de nulidade ou anulabilidade do ato administrativo trarão, também, desafios ao direito penal²⁶¹, bem como a tolerância, pela

²⁵⁸ Vide: KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 112. O autor se refere a um “clima de insegurança”, além da ausência de lei regulamentadora do art. 23 da Constituição Federal, que trata da competência ambiental comum.

²⁵⁹ Id. *Ibid.*, p. 107.

²⁶⁰ Muitas vezes o legislador deixa a critério da administração definir medidas mitigadoras ou compensatórias no ato administrativo. Essas medidas podem ser fixadas sem que tenham qualquer relação com o bem jurídico tutelado, havendo notícia, por exemplo, do condicionamento de uma licença à construção de casas populares: “Há autoridades estaduais que buscam, num esforço de ‘politização’, levar a discussão sobre outorga de licença ambiental do campo técnico para o político, do procedimento administrativo de licenciamento para a sala de assessores ‘politizados’, com a exigência, por exemplo, da implantação de uma refinaria ou da construção de casas populares em todo o Estado”. MILARÉ, Édís. “Politização” na gestão ambiental. *Folha de S.Paulo*, 6 abr. 2004, p. 3.

²⁶¹ Sobre todas essas questões, vide GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental, cit., p. 171 e s. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., v. 1, p. 385. MATA BARRANCO, Norberto J. de la. Op. cit. Na Alemanha, essas questões ocuparam grande espaço na discussão doutrinária. Vide, dentre outros: DÖLLING, Dieter. Umweltstraftat und Verwaltungsrecht – Zur Bedeutung von Verwaltungsakten und materiellem Verwaltungsrecht für die Strafbarkeit des Bürgers wegen eines Umweltdelikts.

administração, de atividades desenvolvidas sem autorização ou licença²⁶².

Essas situações trazem dados relevantes e que não podem ser ignorados pelo direito penal. A primeira premissa para seu tratamento é o respeito à unidade e coerência do direito. Sempre que uma conduta for permitida pelo direito administrativo, ela não poderá ser proibida pelo direito penal. Essa regra vale, também, para casos de reconhecimento retroativo da invalidade do ato administrativo permissivo. Se, ao tempo da prática da conduta, o ato administrativo permissivo era válido, o crime não se consuma, ainda que, posteriormente, esse ato seja considerado inválido retroativamente.

Isso porque, apesar de os dados oriundos do direito administrativo serem fundamentais na configuração do tipo, o direito penal não os recebe de modo imediato. O direito penal os trabalha também de acordo com seus princípios fundamentais. No caso do reconhecimento retroativo da invalidade de um ato administrativo, o princípio da irretroatividade atua, fazendo com que o tipo penal não se aperfeiçoe.

Ainda no que se refere à complementação do tipo penal por meio de atos administrativos, é importante destacar que, também aqui, não pode o direito penal tutelar a mera obediência à administração. Assim, é fundamental a afetação do bem jurídico meio ambiente para a configuração do delito.

1.1.3.4. Problemas decorrentes da assessoriedade administrativa

Ainda que a assessoriedade administrativa seja parcimoniosamente utilizada pelo legislador e que o intérprete da lei seja cuidadoso e busque respeitar os princípios fundamentais do direito penal – condições nem sempre satisfeitas²⁶³ – ela traz problemas estruturais de legitimidade e efetividade de difícil superação.

Juristen Zeitung, Tübingen, ano 40, p. 461-469, out. 1985. FRISCH, Wolfgang. *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandverständnis im Umweltstrafrecht*, cit. ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 299-319. SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente, cit., p. 632.

²⁶² Sobre o tema, vide, dentre outras, as monografias de HÜTING, Ralf. *Die Wirkung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht*. Berlin: Schmidt, 1996, e HEIDER, Karsten. *Die Bedeutung der behördlichen Duldung im Umweltstrafrecht*. Tübingen: Diss., 1994.

²⁶³ Palazzo, em interessante estudo acerca das posições da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, demonstra que o Poder Judiciário italiano costuma não reconhecer hipóte-

O primeiro desses problemas se dá em face do princípio da legalidade. Se se pretende que esse princípio limite de alguma forma o denominado poder punitivo do Estado, ele precisa ser formal e materialmente compreendido. À legalidade não basta o mero informar qual é a conduta proibida, é preciso que ela seja um limite à política criminal²⁶⁴ – e não um obediente serviço desta. “A legalidade”, ensina Naucke, “é uma desconfiança prévia contra aqueles que podem criar o direito penal”²⁶⁵. O princípio da legalidade não concebe o legislador e o aplicador do direito como comedidos e racionais criadores do direito penal: ele se foca na possibilidade de abuso desse suposto poder – só assim pode prestar algum contributo crítico.

O princípio da legalidade visa, também, a obstar utilizações casuais ou políticas do direito penal, estabelecendo, de modo claro e seguro, quais são as condutas proibidas. Além disso, por meio da divisão de funções entre os diferentes poderes, busca, por meio do sistema de freios e contrapesos, limitar a esfera de atuação do denominado poder punitivo²⁶⁶.

Uma das decorrências fundamentais do princípio da legalidade é o cânone *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que reserva apenas à lei, concebida estritamente, a criação de tipos penais. Já se afirmou que a doutrina tem aceitado a complementação de elementos da norma penal por meio de portarias, resoluções ou outras normas. Todavia, essa complementação muitas vezes extrapola seus limites – até porque eles são falhos – e

se evidentes de violação do princípio da determinação, pois tem medo de obstaculizar – ou parecer que obstaculiza – a tutela do bem (PALAZZO, Francesco Carlo. *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, anno 34, p. 343, 1991).

²⁶⁴ Sobre o tema, vide os precisos trabalhos de Wolfgang Naucke: *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*. In: NAUCKE, Wolfgang. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik: Abhandlungen zum Strafrecht und zum Strafprozessrecht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999. p. 225-240, e *Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*. In: Institut für Kriminalwissenschaften (Hrsg.). *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt: Peter Lang, 1995. p. 483-498.

²⁶⁵ No original: “Gesetzlichkeit ist prinzipielles Mißtrauen gegenüber demjenigen, der Strafrecht schaffen kann”. *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, cit., p. 240.

²⁶⁶ Fiandaca e Musco especificam essa afirmação, dizendo que o princípio de reserva de lei busca a subtrair a competência em matéria penal ao Poder Executivo. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 50.

podem a constituir a própria conduta proibida no tipo penal, ficando evidente a violação do princípio da legalidade. A complementação de um tipo penal por meio de um ato administrativo, como a licença, concessão ou autorização agrava ainda mais esses problemas. Parece ter razão Hassemer, quando afirma que “quando a mera estipulação por meio dos funcionários da administração esclarece por onde passam as fronteiras do ilícito penal, começam a vacilar importantes tradições do direito criminal”²⁶⁷.

Outro componente central do princípio da legalidade é o mandado de determinação do tipo penal, que consiste em um cânone de formulação da lei e também de sua interpretação e aplicação. Ele “obriga o legislador à precisão. Os pré-requisitos de um comportamento punível devem ser descritos concretamente, a ponto de o alcance e o âmbito de aplicação da lei penal serem reconhecíveis e se deixarem verificar por meio de interpretação”²⁶⁸.

O princípio da determinação da lei penal, ou da taxatividade, dificilmente resta ileso em tipos penais ambientais complementados administrativamente, especialmente quando essa complementação ocorre na modalidade de assessoriedade normativa. Os regulamentos administrativos em matéria ambiental são extremamente complexos e muitas regras não são sequer oriundas de atos jurídicos formais do sistema brasileiro²⁶⁹. Não se busca, por óbvio, negar a positividade dessas normas, confundindo norma com lei formalmente exarada. O problema é aceitar, em sede de tipicidade penal, dados tão flexíveis e fluidos, que não se coadunam com o necessário respeito ao princípio da determinação.

²⁶⁷ Originalmente: “wenn erst die Festlegung durch Verwaltungsbehörden klarstellt, wo die Grenzen strafrechtliche Unrechts verlaufen, geraten wichtige Traditionen des Kriminalrechts ins Wanken”. HASSEMER, Winfried. *Freistellung des Täters aufgrund von Drittverhalten*. In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert. *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 1998. p. 114.

²⁶⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Die vergessene Freiheit. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Baden-Baden, n. 86, p. 131, 2003. Fiandaca e Musco destacam a importância desse princípio como salvaguarda do cidadão contra eventuais abusos do Poder Judiciário. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 65-66.

²⁶⁹ Exemplificativamente, pode-se citar o caso de contaminação de solo. Alguns órgãos ambientais adotavam as normas holandesas, pioneiras na matéria, como parâmetro para definir eventual contaminação de um determinado local. Atualmente, para contaminação do solo, têm-se adotado as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas. Vide: SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 200.

O princípio da determinação é uma garantia penal fundamental, pois exige que a norma seja clara, delimitando exatamente o comportamento proibido e permitindo ao destinatário sua compreensão. Evidente não se buscar, com o princípio de determinação, a absoluta precisão e certeza da norma. Um certo grau de vagueza é inerente, pois ela é linguagem e é um construído²⁷⁰, já que o tipo penal sempre remete a dados transcendentes, isto é, fora de seu próprio sistema, dados esses que, no processo de interpretação, auxiliam na construção do tipo²⁷¹. Ademais, algumas matérias exigem linguagem mais técnica²⁷², como é o caso de alguns setores do direito ambiental. Outrossim, a norma é – tem de ser – genérica e, portanto, abarca um grande número de situações concretas em sua descrição. Uma norma exageradamente pontual e exata resulta em casuismo²⁷³.

O que o princípio da determinação exige, como bem destaca Urquiza, não é um conhecimento profundo e depurado, mas aquela possibilidade normal de compreensão e motivação, já que a linguagem jurídico-penal é convencional e orientada à segurança jurídica²⁷⁴. Os elementos do tipo precisam delimitar um espaço de interpretação de forma segura²⁷⁵.

O mínimo que se exige é que o destinatário da norma saiba com razoável grau de exatidão qual é a conduta penalmente proibida. Ocorre que a remissão ao direito administrativo torna a norma penal de tal forma indeterminada que resta muitas vezes impossível saber qual a conduta vedada.

O direito administrativo é mais flexível que o direito penal e, por natureza, trabalha com conceitos mais indeterminados e com margens de discricionariedade mais amplas. Suas normas não se deixam tratar como

²⁷⁰ Sobre o tipo penal ser linguagem e as decorrências dessa característica para o processo de interpretação, vide HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermenutik*. Köln: Carl Heymanns, 1968. p. 66 e s.

²⁷¹ Id. *Ibid.*, p. 112.

²⁷² URQUIZO OLAECHEA, José. Principio de determinación de la ley penal. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Ediciones de la Univesidade de Castilla – La Mancha; Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. v. 1, p. 1339.

²⁷³ Id. *Ibid.*, p. 1346.

²⁷⁴ URQUIZO OLAECHEA, José. Op. cit., p. 1350 e 1351.

²⁷⁵ HASSEMER, Winfried. *Tatbestand und Typus: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermenutik*, cit., p. 132.

elementos de um tipo penal²⁷⁶, pois são fluidas demais²⁷⁷. Essas características, ao invadirem o tipo penal por meio da assessoriedade administrativa, trazem grandes problemas de incerteza, além de tornar a defesa do suspeito ou do acusado impossível. Como se defender em face de algo tão genérico, que não se pode compreender?

Tais dificuldades não passaram alheias à doutrina brasileira. Luis Régis Prado anota que “essa ligação por demais estreita com a disciplina administrativa é, em muitos casos, fonte primeira do que se deve evitar: a grande indeterminação das descrições típicas. A técnica de remissão só deve ser admitida em casos de indeclinável necessidade e dentro de certos parâmetros, entre os quais figura a exigência de certeza legal”²⁷⁸.

Paulo José da Costa Júnior critica o “excessivo número de normas penais em branco” na Lei n. 9.605/98, destacando que essa técnica “é extremamente funesta para o princípio da legalidade, já que o direito penal deverá definir, de modo completo e autônomo, os componentes de suas normas, evitando a remissão a outras regras do ordenamento jurídico”²⁷⁹.

Não parece haver, entretanto, propostas no sentido de estabelecer critérios firmes para a delimitação da complementação do tipo pelo direito administrativo.

Tais preocupações doutrinárias tampouco parecem ter sido objeto de consideração pelo legislador brasileiro. A Lei n. 9.605/98 contém inúmeros tipos penais cuja construção depende do assessoramento pelo direito administrativo.

Os problemas da assessoriedade administrativa não se limitam ao princípio da legalidade. Também a tipicidade subjetiva enfrenta dificuldades. Como elemento do tipo, a norma administrativa complementadora da

²⁷⁶ ROGALL, Klaus. Op. cit., p. 315.

²⁷⁷ Mesmo conceitos aparentemente técnicos acabam preenchidos por meio de “juízos de perícia técnica, de valor ou de prognose, expressões de um espaço de discricionariedade onde existe uma presunção em favor da apreciação efetuada pela Administração, que, *prima facie*, deve ser controlada apenas negativamente, onde há arbitrariedade ou erros claros de avaliação” (KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 59).

²⁷⁸ PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente*, cit., p. 33.

²⁷⁹ MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental: Comentários à Lei 9.605/98*. Campinas: Millenium, 2002. p. 35.

descrição típica precisa ser apreendida pelo dolo do agente²⁸⁰. Todavia, tem-se flexibilizado esta regra, substituindo o conhecimento da norma por ficções – construídas em razão da profissão, ocupação ou grau de instrução do agente – o que, em um direito penal fundado na culpa, é inadmissível²⁸¹.

Essa clareza necessária à compreensão da norma não é apenas uma garantia penal fundamental, decorrente de uma exigência de justiça. Ela também é essencial para a motivação do destinatário da norma²⁸², afinal, “os comandos e proibições do direito penal especial se dirigem, de forma muito simples, à pessoa individualmente considerada”²⁸³. Uma norma incompreensível, indeterminada ou ambígua não consegue motivar seu destinatário a cumpri-la²⁸⁴, não havendo sentido em se sancionar quem não teve possibilidade razoável de conhecer suas obrigações²⁸⁵.

A dificuldade de motivação do destinatário causada pela assessoriedade administrativa é especialmente contraproducente no âmbito das condutas relacionadas a empresas. Isso porque o destinatário da norma – seja o empresário ou o responsável pelo setor de meio ambiente da empresa –

²⁸⁰ Isto é, o agente deve saber ou ao menos ter a concreta possibilidade de saber da proibição. Vide: PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. por Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 50.

²⁸¹ Heine afirma ser esse o preço a pagar por se pretender tutelar o meio ambiente com uso do direito penal. HEINE, Günter. *Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, cit., p. 2430.

²⁸² No mesmo sentido, Urquiza: “Existe una relación entre el mandato de certeza y el ciudadano, el cual si bien no se dirige a él como deber o exigencia se vincula con la culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva y la posibilidad de motivarse convenientemente conforme a derecho. [...] Cuando la norma penal deja truncados las expectativas del sujeto dentro del entramado jurídico-penal, es por la duda que genera o la oscuridad con que fue descrita. Se trata, en estos supuestos, de una norma penal que deja de cumplir su función motivadora y fundamentadora de seguridad jurídica” (URQUIZO OLAECHEA, José. Op. cit., p. 1340).

²⁸³ HASSEMER, Winfried. *Freistellung des Täters aufgrund von Drittverhalten*, cit., p. 99.

²⁸⁴ Urquiza Olaechea, na mesma linha, afirma que uma norma indeterminada, por carecer de um objeto de regulação específica, dificilmente pode motivar os cidadãos a evitar um comportamento (URQUIZO OLAECHEA, José. Op. cit., p. 1338).

²⁸⁵ LESMES SERRANO, Carlos. Las infracciones administrativas y la potestad sancionadora de la administración. In: LESMES SERRANO, Carlos; ROMÁN GARCÍA, Fernando; MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, Santiago; ORTEGA MARTÍN, Eduardo. *Derecho penal administrativo: Ordenación del Territorio, Patrimonio Histórico y Medio Ambiente*. Granada: Comares, 1997. p. 2.

tem especial interesse em se informar, já que a atividade que desenvolve o coloca numa posição de “delinquente potencial”²⁸⁶. Hassemer, sobre o tema, esclarece: “Aqui há a rara hipótese dos delinquentes potenciais, que não informam (devem se informar) acerca de suas obrigações penais, isto é, correspondem à clássica figura do *homo calculans*, conforme o fundamento da teoria de intimidação de Feuerbach”²⁸⁷.

Essa dificuldade de motivação acarretada pela assessoriedade administrativa consiste, evidentemente, em um obstáculo para a efetividade da norma penal²⁸⁸. Obstáculo ainda maior advém da cumulação de seletividades: a seletividade do sistema penal é somada à seletividade do sistema administrativo, o que gera déficits de execução significativos e, o que é mais grave, aplicação seletivamente desigual da norma penal.

Outro desafio à efetividade do direito penal ambiental caracterizado pela assessoriedade administrativa é a diminuição da visibilidade e da perceptibilidade do delito. O injusto penal ambiental é, em muitos casos, quantitativamente definido. Como exemplo, pode-se citar a legalidade da emissão de uma quantidade determinada de gás na atmosfera. Ultrapassada uma certa barreira quantitativa, essa conduta torna-se crime.

Ora, a conduta criminosa não se distingue mais da lícita “a olho nu”. Isso dificulta, sobremaneira, a identificação da conduta como ilícita, ficando, em regra, a carga apenas da administração e seu aparato técnico a constatação da conduta²⁸⁹. Tanto que um estudo brasileiro, embora de pouca abrangência, já verificou apresentarem os crimes ambientais índices

²⁸⁶ O termo deve ser compreendido, nesse contexto, de modo amplo. O que se quer dizer é que o empresário de boa-fé tem interesse em evitar ilícitos decorrentes, em geral, da atividade da empresa.

²⁸⁷ HASSEMER, Winfried. *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, cit., p. 55.

²⁸⁸ Fiandaca e Musco mencionam que “quanto più il cittadino è posto in condizione di discernere senza ambiguità tra le zone del lecito e dell’illecito, tanto più cresce il suo rapporto di fiducia partecipativa nei confronti dello Stato e delle sue istituzioni” (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 66). Hans-Jörg Albrecht, Günter Heine e Volker Meinberg também afirmam que, para que uma norma tenha capacidade comunicativa, deve apresentar um conteúdo claro e preciso, característica que o direito penal ambiental não possui (ALBRECHT, Hans-Jörg; HEINE, Günter; MEINBERG, Volker. *Umweltschutz durch Strafrecht? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin; New York, ano 34, n. 96, p. 948-949, 1984).

²⁸⁹ MEINBERG, Volker; LINK, Wolfgang. *Umweltstrafrecht in der Praxis*, cit., p. 7.

muito menores de conhecimento da suposta prática delituosa por intermédio de *notitia criminis* oriunda da população do que com relação a outros crimes²⁹⁰.

Na Alemanha, constatou-se que o direito penal é tido como um corpo estranho pelos funcionários da administração²⁹¹, além de que os fiscais ambientais trabalham, geralmente, buscando a cooperação com os administrados. Assim, estabeleceu-se na administração uma certa aversão a comunicar ilícitos ao sistema penal, o que foi apontado como uma das possíveis causas de falta de efetividade do direito penal ambiental alemão²⁹².

1.1.3.5. Conclusão

No âmbito do direito penal ambiental, a remissão a conceitos, normas e atos administrativos pelo tipo penal parece ser inafastável. A distinção entre ofensas admissíveis e ofensas inadmissíveis supõe ponderação de interesses complexos e diversificados²⁹³, que o tipo penal não consegue abarcar²⁹⁴.

²⁹⁰ Enquanto nos demais crimes a informação fornecida pela população corresponde de 85% a 95% dos casos de crimes que chegam ao conhecimento do Estado, nos crimes ambientais ela responde por apenas 33,1%. MORAES, Márcia Elayne Berlich 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. p. 180, nota 391. Vide também p. 183.

²⁹¹ Kessal, analisando os diversos problemas verificados entre a administração ambiental e o sistema penal, afirma que se trata de sistemas que "falam línguas diferentes" (KESSAL, Horst-Dieter. Umweltschutz im Spannungsfeld zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht. In: BENZ, Heribert (Mitverf.). *Natur- und Umweltschutzrecht*. Heidelberg: Müller, 1989. p. 109-119).

²⁹² Os funcionários da administração ambiental trabalhavam com base em outros princípios, buscando evitar perigos ambientais por meio de negociações com as empresas. Por isso, prefeririam não se utilizar da via penal, para manter as portas para um tratamento mais flexível com o administrado abertas. HEINE, Günter; MEINBERG, Volker. Das Umweltstrafrecht – Grundlagen und Perspektiven einer erneuten Reform. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, ano 137, p. 5, 1990. SEELMANN, Kurt. Risikostrafrecht, cit., p. 458. ALBRECHT, Hans-Jörg; HEINE, Günter; MEINBERG, Volker. Das Umweltstrafrecht, cit., p. 951.

²⁹³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente, cit., v. 1, p. 378.

²⁹⁴ Seelmann observa que, caso se quisesse eliminar a assessoriedade administrativa, o direito penal deveria ter um conceito de antijuridicidade que abarcasse mais condutas do que o direito administrativo, o que acabaria por contrariar sua função de *ultima ratio*. SEELMANN, Kurt. Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*. München; Frankfurt, ano 43, fasc. 20, p. 1258, maio de 1990.

Todavia, a assessoriedade administrativa traz problemas graves de legitimidade ao direito penal, além de consistir em um entrave à sua funcionalidade. Esses problemas apontam para dificuldades intrínsecas e, provavelmente, insolúveis, do próprio direito penal ambiental.

Assim, o conjunto de problemas trazidos pela assessoriedade administrativa no direito penal deve levar ao questionamento sobre se o direito penal é, efetivamente, uma forma adequada e legítima de intervenção. Talvez o próprio direito administrativo, reformulado e fundado sobre novas bases, já seja suficiente para fornecer soluções mais adequadas e mais legítimas²⁹⁵.

1.1.4. Causalidade e imputação nos crimes ambientais

Na esfera ambiental, a constatação da relação de causalidade esbarra tanto na incerteza do conhecimento naturalístico que a embasa quanto em dificuldades teóricas. A causalidade, não obstante ser um conceito normativo, parte, necessariamente, de um conhecimento científico-natural. Tal conhecimento, designado também de conhecimento nomológico, é ainda incipiente na esfera do meio ambiente e se depara com relações extremamente complexas. Além disso, há interações cumulativas, sinérgicas ou extremamente difusas, que acarretam dificuldades na aplicação da teoria da condição.

Quando essas relações se dão em locais onde atuam diversos agentes – como o caso de poluição causada em um complexo industrial, por exemplo – surgem questões de complexa, se é que possível, resolução dogmática e torna-se difícil crer que a configuração da relação de causalidade nos moldes exigíveis pelo direito penal seja factível. A esse conjunto de problemas acrescentam-se intransponíveis dificuldades no campo processual no que se refere à prova da relação de causalidade.

Essas serão as questões objeto de investigação neste item.

²⁹⁵ Essa parece ser também a conclusão de Sergio Moccia, quando reconhece as vantagens das normas penais em branco, mas pergunta se elas não deveriam vir acompanhadas de uma sanção administrativa: "La duttilità di questo genere di disciplina presenta sicuramente notevoli vantaggi, ma non si capisce perchè questo tipo di precetto, che dà anche vita ad enormi problemi sul piano della legalità, non debba essere accompagnato da una sanzione amministrativa, lasciando il diritto penale al riparo dai gravi rischi connessi alle aporie sistematiche" (MOCCIA, Sergio. Op. cit., p. 354).