V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

FELIX ARAUJO NETO

GILBERTO GIACOIA

GERMÁN ALBERTO ALLER MAISONNAVE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Felix Araujo Neto, Germán Alberto Aller Maisonnave, Gilberto Giacoia – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-242-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

No contexto do V Encontro Internacional do CONPEDI, realizado em Montevideo, de 08 a 10 de setembro de 2016, na perspectiva de integração ampliada na linha da internacionalização, iniciada agora no âmbito latino americano, produz o Grupo de Trabalho de Direito Penal e Constituição II, como resultado, este livro reunindo, de suas atividades constantes da apresentação de artigos afinados pelo viés reflexivo, a partir da base constitucional, da intervenção penal em diferentes segmentos teóricos, voltados à defesa de uma sua cada vez maior legitimação pelos postulados garantistas, dimensionados no permanente conflito entre o jus puniedi versus jus libertatis.

Espaço privilegiado para o desenvolvimento da pesquisa e da investigação científica no âmbito dos programas de pós-graduação em Direito no Brasil, os já tradicionais encontros do CONPEDI ganham nova dimensão, reunindo pesquisadores, além fronteiras, emprestando vivo incremento ao intercâmbio de ideias e experiências e abrindo novas frentes de difusão da produção científica no âmbito internacional.

Assim, neste Grupo de Trabalho (Direito Penal e Constituição II), os pesquisadores se debruçam sobre várias temáticas, indo desde a defesa da ampliação dos mecanismos e instrumentos jurídicos de combate à corrupção, passando pela justiça penal de transição em que se analisam as articulações ao contexto de alguns países da América Latina frente aos conflitos internos, atuação da Corte Penal Internacional em relação à tipificação do delito de agressão, aspectos críticos da Lei Antiterrorismo, fundamentos políticos do Processo de Impeachment em uma visão funcionalista, revisitando a teoria da responsabilidade penal da pessoa jurídica sob nova luz teórica, debatendo a sociedade de risco e o controle social na vertente da dinâmica do ativismo judicial no Brasil, o conceito dogmático da culpabilidade para além de uma estrutura lógico-real (como instituto funcional), o caráter fragmentário da tutela penal ambiental, os fatores criminógenos nas atividades empresariais sob moderna mecânica de controle (compliance), além da problemática da pena e da medida de segurança sob comando dos limites constitucionais flexionados por recentes interpretações pretorianas pelo STF em detrimento do postulado da liberdade, trazendo como pano de fundo as cortinas da doutrina dos direitos humanos.

Textos todos produzidos por valorosos autores comprometidos como os valores acadêmicos, os ideais de justiça e a responsabilidade científica que se exige do estudioso do Direito, muito mais ainda nos dias de hoje.

Enfim, mais uma vez, esta publicação, junto a de outros artigos apresentados e debatidos nos Grupos de Trabalho deste V Encontro Internacional, coloca o CONPEDI em posição de destaque, pois à frente de expressiva conquista, protagonizando valioso contributo à pós-graduação, pesquisa e extensão na área do Direito e, assim, prosseguindo firme em seu belo destino institucional.

Prof. Dr. GILBERTO GIACOIA - Doutor em Direito, procurador de justiça do Ministério Público do Paraná e professor associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. GERMAN ALLER - Doutor em Direito, advogado e professor da Universidad de la República do Uruguai

Prof. Dr. FELIX ARAÚJO NETO - Doutor em Direito, advogado professor da Universidade Estadual da Paraíba E FACISA

TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE E INSIGNIFICÂNCIA

CRIMINAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT: APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF FRAGMENTARY AND INSIGNIFICANCE

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Beatriz Souza Costa

Resumo

Este artigo objetiva avaliar a ocorrência dos instrumentos da fragmentariedade e insignificância da tutela penal do meio ambiente, utilizando a Lei 9.605/98, Lei de crimes, infrações administrativas ambientais. Justifica-se a pesquisa devido a necessidade de critério que permita distinguir entre ilícitos administrativo e penal. Do contrário, o direito penal intervirá em questões que não se mostram, em abstrato e em concreto, significativamente lesivas a ponto de legitimar imposição de pena privativa de liberdade. Metodologia de pesquisa teórica-jurídico, com raciocínio dedutivo.

Palavras-chave: Fragmentariedade, Insignificância, Dano

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to evaluate the occurrence of instruments fragmentary and insignificance of criminal protection of the environment, using the Law 9.605/98, crimes, environmental administrative offenses. Justified due research the need for criteria to distinguish between administrative and criminal offenses. Otherwise, criminal law intervene in matters which are not shown, in the abstract and concrete, significantly affecting the point of legitimizing the imposition of a deprivation of liberty. Methodology used is the theoretical-legal research, with deductive reasoning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fragmentary, Insignificance, Damage

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo avaliar a incidência do princípio da fragmentariedade e a insignificância na tutela penal do meio ambiente. Para tanto, vamos restringir a análise aos tipos penais descritos na Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais.

A lei penal que observa o princípio da fragmentariedade limita-se a tipificar somente as condutas mais lesivas ao bem jurídico penalmente tutelado. O princípio da fragmentariedade não se confunde com o da subsidiariedade. O segundo consiste na imposição dirigida ao legislador de somente tutelar penalmente os bens jurídicos que ocupam local de destaque na axiologia constitucional.

Prado noticia a existência de duas correntes que buscam legitimar, na Constituição da República, a eleição do bem jurídico que merece a tutela penal. A teoria constitucional estrita nos informa que o legislador infraconstitucional só pode tutelar penalmente bens jurídicos que foram objetos de mandado constitucional de incriminação. A teoria constitucional ampla afirma que o legislador infraconstitucional pode tutelar qualquer bem jurídico que tenha alguma posição de relevo na axiologia constitucional. Não é necessário um mandado expresso de incriminação[1].

Parece-nos que a teoria constitucional ampla é mais adequada. Se a tutela penal de um bem jurídico dependesse de mandado expresso de incriminação da Constituição da República, teríamos um indevido engessamento do ordenamento jurídico penal. Isso não significa que o legislador seja livre para tutelar penalmente qualquer bem jurídico. É necessário encontrar nele uma referência constitucional.

Por exemplo, a Lei de Biossegurança, Lei 11.105/05, art. 26 descreve a seguinte conduta proibida e pena: "Realizar clonagem humana: Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa"[2]. Sabemos que não se trata de um delito contra o meio ambiente. O bem jurídico penalmente tutelado é a dignidade da pessoa humana que, inegavelmente, possui local de relevo na axiologia constitucional[3].

---

[1] Falando sobre as teorias constitucionais amplas, afirma Prado: "Nas primeiras, costuma-se fazer referência ao texto maior de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo." PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63. O contraponto das teorias constitucionais gerais são as estritas. Prado afirma que as teorias constitucionais estritas "orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional". PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p.65.

[2] BRASIL. Lei de Biossegurança, 2005.

[3] "A simples leitura desses dispositivos evidencia que a Carta Constitucional brasileira optou por disciplinar o patrimônio genético do ponto de vista estritamente ambiental, assegurando a integridade e a diversidade

A discussão sobre o princípio da subsidiariedade é alheia ao debate acerca da tutela penal do meio ambiente porque há um mandamento constitucional de incriminação previsto no art. 225, §3º da Constituição da República[4].

Entendemos como meio ambiente para fins de tutela penal: "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas suas formas"[5].

Trata-se de um bem jurídico metaindividual. São bens jurídicos metaindividuais aqueles que não encontram um sujeito passivo ou conjunto individualizável de sujeitos passivos. Tratando especificamente do meio ambiente, acrescenta-se que se trata de um bem jurídico significativamente normatizado. Sua disciplina envolve um conteúdo técnico específico de significativa instabilidade no tempo e no espaço, com veremos a seguir.

O trabalho também inclui o desenvolvimento do conceito de dano ou perigo de dano ao bem jurídico ambiental, para demonstrar a aplicação do princípio da insignificância em casos concretos. A pesquisa utilizou a metodologia teórica-jurídico, com raciocínio dedutivo. As técnicas de pesquisa utilizadas foram as documental, jurisprudencial e bibliográfica.

2. O PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

O princípio da fragmentariedade é uma decorrência lógica dos princípios da intervenção mínima e da reserva legal[6]. A pena criminal só pode ser prometida a sujeitos que praticam condutas que lesam, de forma significativa, um bem jurídico penalmente tutelado. Essa avaliação deve ser realizada considerando a conduta proibida em abstrato. Se a lesividade de uma conduta proibida é avaliada no caso concreto, saímos do campo do princípio da fragmentariedade e adentramos no âmbito de incidência do princípio da insignificância.

---

biológica dos ecossistemas existentes no país, sem contudo fazer referência alguma à intangibilidade o patrimônio genético da humanidade. Essa omissão não significa, contudo, que a proteção desse importante bem jurídico não seja conforme a Constituição – pelo contrário, a relevância da tutela penal do patrimônio genético humano ressai do próprio quadro axiológico constitucional e da concepção de Estado de Direito democrático adotado pelo texto fundamental, que toma por princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, nesse sentido, impede que condutas que implicam a instrumentalização do ser humano possam ser consideradas legítimas." CARVALHO, Gisele Mendes de. P*atrimônio Genético & Direito Penal: De acordo com a Lei 11.105/05.* Curitiba: Juruá. 2007, p.104.

[4] Assim dispõe o art. 225, §3º da Constituição da República: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União,* Brasília, 5 out. 1988.

[5] BRASIL. Lei 6938 de 1981.

[6] "A fragmentariedade do Direito Penal é corolário do princípio da intervenção mínima e da reserva legal [...]". BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. vol I, p.53.

Um tipo penal viola o princípio da fragmentariedade se descreve uma conduta que, considerada em abstrato, não viole, de forma minimamente significativa, o bem jurídico penalmente tutelado. Há duas formas de lesar um bem jurídico: causando-lhe dano ou expondo-o a perigo de dano. O art. 13 do código penal é muito claro ao afirmar que não há crime sem resultado. Entendemos o resultado em direito penal não o naturalístico, mas o dano ou exposição a perigo de dano do bem jurídico penalmente tutelado. O dano ou a exposição a perigo de dano do objeto da tutela penal chamamos de desvalor do resultado, que não se confunde com o desvalor do ação.[7]

Todo tipo penal deve descrever uma conduta que se possa verificar, em abstrato, que cause dano ou exponha a perigo de dano o bem jurídico penalmente tutelado[8]. O perigo de dano ao bem jurídico pode ser abstrato ou concreto.

Os crimes de perigo abstrato são nominados como "crimes de periculosidade, de perigo presumido, de perigo hipotético, de perigo implícito, dentre outros, todos com escopo de nomear, com maior precisão, os delitos em discussão"[9]. O tipo penal que descreve um crime de perigo abstrato trata das condutas proibidas sem fazer qualquer referência a um resultado externo.[10]O tipo penal que descreve um crime de perigo concreto trata de condutas proibidas que fazem menção ao resultado externo, embora sua ocorrência não seja necessária a configuração do delito.

Podemos tomar como exemplo o tipo penal que descreve o crime de homicídio que é um delito de dano. Para que ele se consume é necessário a verificação de um resultado material, ou seja, a morte do sujeito passivo.

De outro lado, o crime de incêndio é uma hipótese de crime de perigo concreto. Isso porque não basta a ocorrência do incêndio. É necessário que o fogo coloque em risco "a vida,

[7] "O desvalor da ação (dolo/culpa) se refere à forma de praticar o delito (elemento objetivo/subjetivo) e o desvalor do resultado alude à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido." PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. vol. I, p.356.

[8] "A ofensa ao bem jurídico, que constitui a essência do juízo de antijuridicidade, pode consistir em uma lesão ou em uma colocação em perigo desse bem jurídico". MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988, p.87.

[9] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.113-114.

[10] "O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado. Trata-se de uma prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao complemento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou perigo concreto." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.111.

a integridade física ou o patrimônio de outrem"[11]. O resultado material não precisa se verificar para que o crime se consume, mas deve estar referido na estrutura do tipo penal.

O art. 55 da Lei 9.605/98, por sua vez, descreve a seguinte conduta proibida: "Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida"[12]. Trata-se de um crime de perigo abstrato. Não há necessidade de verificação de um resultado material e ele não está nem ao menos referido na estrutura do tipo penal. Sobre os crimes de perigo abstrato, leciona Bottini: "sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal"[13].

De plano, podemos verificar que o art. 49 da lei 9.605/98 afronta o princípio da fragmentariedade. O tipo penal descreve a seguinte conduta proibida:

> Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa[14].

Imagine que um indivíduo, por imprudência, tropece e danifique a begônia que enfeita a porta de seu vizinho. Estaríamos diante de um crime de natureza ambiental. É evidente que, se a conduta lesa o meio ambiente, não há um desvalor do resultado suficientemente significativo, mesmo considerando a questão em abstrato, a ponto de justificar a tipificação da conduta proibida[15]. Se há um ilícito, deveria ficar restrito à esfera administrativa. Vejam que não é necessário descer ao caso concreto para perceber que a conduta tipificada não lesa ou expõe a perigo de lesão, ao menos de forma minimamente significativa, o bem jurídico meio ambiente.

A Lei 9.605/98 é repleta de tipos penais que descrevem crimes de perigo abstrato. Vejamos alguns exemplos: a) art. 34 "Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente"; b) art. 31 "Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente"; c) art. 30 "Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização

---

[11] O tipo de incêndio é assim descrito, pelo Código Penal, art. 250: "Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: [...]". BRASIL. Decreto-lei 1940.

[12] BRASIL. Lei 9.605 de 1998.

[13] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.112.

[14] BRASIL. Lei 9.605 de 1998.

[15] Prado é enfático ao afirmar que "não há na hipótese em exame nenhum atentado ao bem jurídico ambiente. Tem-se, portanto, uma vez mais flagrante violação de princípio penal fundamental da exclusiva proteção de bens jurídicos, sendo, portanto, o artigo 49 inconstitucional". PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p.225.

da autoridade ambiental competente"; d) art. 41 "Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:"; e) art. 51 "Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente"[16].

A questão que se levanta é: o crime de perigo abstrato viola o princípio da fragmentariedade? Entendemos que não. O princípio da fragmentariedade pressupõe que o tipo penal objetivo já contenha, em sua estrutura, o dano ou ameaça de dano ao bem jurídico penalmente tutelado. Ou pelo menos que não obste, de plano, a verificação, no campo da tipicidade material, da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Os crimes de perigo abstrato não trazem, em sua estrutura típica, o dano ou ameaça de dano ao bem jurídico. Todavia, não há obstáculo para que, no caso concreto, se avalie o dano ou perigo de dano ao bem jurídico. Ocorre que, nessa última hipótese, estamos na ceara do tipo material. Por isso, os crimes de perigo abstrato são também denominados crimes de perigo presumido. Entretanto, essa presunção não é absoluta.

Tomemos o exemplo do crime descrito no art. 31 da Lei 9.605/98: "Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente"[17]. A simples introdução da espécime animal no País sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente já leva à configuração da tipicidade objetiva. Todavia, a efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico meio ambiente só poderá ser verificada no caso concreto. Não há tipicidade material se o animal é introduzido no país sem parecer nem licença não coloque em risco a estabilidade dos ecossistemas. Ou seja, se fosse requerida licença para introdução do animal, seria concedida e o parecer técnico seria favorável.

O fato do crime de perigo abstrato ser de perigo presumido não nos exime de verificar a lesividade da conduta em concreto. A presunção de perigo restringe-se ao tipo objetivo, não incidindo sobre o material. Do contrário, em casos como o crime descrito no art. 31 da Lei 9.605/98, poderíamos entender que o direito penal serve para a tutela do simples controle estatal sob determinada atividade humana. Isso implicaria em negar o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico penalmente tutelado, haja vista que controle não é bem jurídico objeto de tutela penal.

[16] BRASIL. Lei 9.605 de 1998.
[17] BRASIL. Lei 9.605 de 1998.

Não sustentamos que alguém possa introduzir um animal no território nacional sem prévio parecer e licença da autoridade administrativa competente. Afirmamos que a conduta só será efetivamente típica se causar dano ou perigo de dano ao meio ambiente. Do contrário, estamos tratando de um simples ilícito administrativo.

Nesse caso, podemos entender que nem toda conduta lesiva ao meio ambiente pode ser tipificada. Somente as mais gravosas. Por isso, o tipo penal, descrita no art. 49 da Lei 9.605/98, é inconstitucional por violar o princípio da fragmentariedade. Também interpretamos que os crimes de perigo abstrato não violam o princípio da fragmentariedade porque não obstam, pela estrutura do tipo objetivo, a verificação da lesividade, em concreto, da conduta proibida. A presunção dos crimes de perigo abstrato se restringem ao tipo objetivo não incidindo sobre o material, sob pena de confundir controle com bem jurídico passível de tutela penal. Nossa análise deve então romper os limites da fragmentariedade e adentrar no campo do princípio da insignificância.

3. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

É perfeitamente possível que uma conduta, considerada em abstrato, seja lesiva a um bem jurídico penalmente tutelado, mas, no caso concreto, imponha ao objeto da tutela penal um dano ou perigo de dano insignificante.

Suponhamos que um indivíduo subtraia uma caneta. Ele pratica, portanto, a conduta típica de "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel"[18]. O objeto da tutela penal é o patrimônio. A conduta proibida é, em tese, lesiva ao bem jurídico. A conduta, verificada em concreto, embora formalmente típica, viola o bem jurídico de forma absolutamente insignificante.

Se a lesão mínima ao bem jurídico penalmente tutelado não permite um juízo positivo de tipicidade material, com maior razão também será atípica a conduta formalmente típica que não lesa em absolutamente nada o bem jurídico, objeto da tutela penal. Não é por outra razão que o crime impossível, na verdade, é uma hipótese de atipicidade material.

O princípio da insignificância tem uma origem histórica controvertida. Alguns o identificam no direito romano. Parece-nos que suas bases teóricas estão melhor sistematizadas no Iluminismo. Notadamente no trabalho de Stuart Mill. Segundo Gomes, pelo menos desde

[18] BRASIL. Decreto-lei 1940.

os século XIX, são numerosos os autores que insistem em invocar o princípio da insignificância[19].

Mill afirma que a liberdade consiste nos limites impostos "ao poder que ao governante se toleraria exercesse sobre a comunidade"[20]. Essa limitação se fazia pelo reconhecimento da intangibilidade das liberdades ou direitos políticos e pelo estabelecimento de "freios constitucionais, pelos quais o consentimento da comunidade, ou de algum corpo que se supunha representar os interesses da mesma, se torna condição necessária para alguns dos mais importantes atos do poder dominante"[21].

Segundo Mill, após a queda do absolutismo, na opinião da maioria dos pensadores europeus, não fazia mais qualquer sentido pensar em governantes com interesses opostos aos do povo. Partindo dessa premissa, "a nação não careceria de se proteger contra a própria vontade" [22]. Mill noticia que os pensadores que exigiam "algum limite ao que um governo legítimo faça" eram brilhantes exceções entre seus pares da Europa continental.[23]

É preciso estabelecer critérios para que se impeça a formação da tirania de uma maioria. Mill preocupa-se com a opressão do indivíduo frente à tendência da opinião majoritária[24]. A questão passa a ser como equalizar a independência individual e o controle

[19] "Controvérsias sobre a origem do princípio: se por um lado não se pode duvidar que é muito controvertida a origem histórica da teoria da insignificância, por outro, impõe-se sublinhar que o pensamento penal vem (há tempos) insistindo em sua recuperação (pelo menos desde o século XIX). São numerosos os autores que desde esse período invocam e pedem sua restauração: assim Carrara, Von Liszt, Quintiliano Saldaña, Roxin, Baumann, Blasco e Fernandez de Moreda, Soler, Zaffaroni etc". GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras Excludentes de tipicidade.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p.53.

[20] Tradução livre: "The aim, therefore, of patriots, was to set limits to the power which the ruler should be suffered do exercise over the community; and this limitation was what they meant by liberty". MILL, John Stuart. On Liberty. London: WL.Curtney, 2011, p.01.

[21] Tradução livre: "A second, and generally a later expedient, was the establishment of constitutional checks; by which the consent of the community, or of body of some sort, supposed to represent its interests, was made a necessary condition to some of the more important acts of the governing power". MILL, John Stuart. On Liberty. London: WL. Curtney, 2011.

[22] "As the struggle proceeded for making the ruling power emanate from the periodical choice of the ruled, some persons began to think that too much importance had been attached to the limitation of the power itself. That (it might seem) was resource against rulers whose interests were habitually opposed to those of the people. What was now wanted was, that the rulers should be identified with the people; that their interest and will should be the interest and will of the nation. The nation did not need to be protected against its own will". MILL, John Stuart. On Liberty. London: WL. Curtney, 2011.

[23] Tradução livre: "Those who admit any limit to what a government way do, except in the case of such governments as they think ought not to exist, stand out as brilliant exceptions among the political thinkers of the Continent. A similar tone of sentiment might by this time have been prevalent in our own country, if the circumstances, which for a time encouraged it, had continued unaltered". MILL, John Stuart. On Liberty. London: WL. Curtney, 2011.

[24] Tradução livre: "The limitation, therefore, of the power of government over individuals, lose none of its importance when the holders of power are regularly accountable to the community, that is, to the strongest party therein. This view of things, recommending itself equally to the intelligence of thinkers and to the inclination of those important classes in European society to whose real or supposed interests democracy is adverse, has had no difficulty in establishing itself; and in political speculations "the tyranny of the majority" is now generally

social. Em que momento o Estado estaria legitimado a intervir na esfera de individualidade dos cidadãos?

A chave para orientar as possibilidades legítimas de intervenção do Estado na vida do indivíduo, segundo Mill, está no princípio do dano. O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é impedir dano a outrem.

A ideia de "dano", como um elemento a legitimar a intervenção penal na esfera do indivíduo, está absolutamente clara nos princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e insignificância. A simples inobservância da norma penal não justifica a imposição de pena. A promessa ou a efetiva imposição de pena não pode se justificar por formulações abstratas que nada mais fazem do que estabelecer uma legitimação da norma penal pela própria norma.[25]

3.1 Dano ou perigo de dano ao bem jurídico ambiental

Toda conduta típica deve descrever uma conduta que cause dano ou exponha a perigo de dano o bem jurídico penalmente tutelado. Quando o tipo objetivo contentar-se com a descrição de uma conduta, sem mencionar o dano ou perigo de dado, diz-se que o perigo é presumido. Todavia, isso não nos exime de verificar, no caso concreto, o efetivo dano ou exposição a perigo de dano do objeto da tutela penal.

O princípio da insignificância aplicado ao tipo penal objetivo tem como efeito a restrição dos limites da conduta proibida. Não é qualquer subtração de coisa alheia móvel que permite a configuração do crime de furto. É somente aquela coisa alheia móvel que represente um valor econômico significativo. Gomes afirma "que grande parte da doutrina reconhece o princípio da insignificância como instrumento de correção do tipo penal"[26].

---

included among the evils against which society requires to be on its guard". MILL, John Stuart. On Liberty. London: WL. Curtney, 2011.

[25] A posição de Jakobs acerca da legitimidade material do direito penal e sua finalidade é uma posição antagônica a sustentada no presente artigo. Vejamos: "La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad e del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas – especialmente las jurídico-constitucionales. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas". JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoria de la imputación.* Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 1997, p. 44-45.

[26] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras Excludentes de tipicidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 59-60.

Preferimos pensar no princípio da insignificância não só como um critério hermenêutico de correção do tipo objetivo, mas como o fundamento de uma categoria de tipicidade que compõe a tipicidade penal: a tipicidade material. O tipo penal é a junção dos tipos objetivo, material e o subjetivo. A conduta típica é aquela que se adequa perfeitamente ao tipo objetivo, causa dano ou expõe a perigo de dano, de forma significativa, o bem jurídico penalmente tutelado e é praticada a título de dolo ou culpa a depender da previsão legal.

Ao tratar o princípio da insignificância como um fundamento da tipicidade material, fixamos seu lugar no conceito analítico de crime. Com isso, evitamos as confusões realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do Brasil, que considera como pressupostos da aplicação do princípio da insignificância elementos que se relacionam com a culpabilidade.

Traçar uma fronteira entre o significante e o insignificante já é uma tarefa árdua nos crimes que tutelam bens jurídicos individuais e coletivos. É uma missão ainda mais difícil quando estamos cuidando dos tipos penais que tutelam os bens jurídicos metaindividuais como o meio ambiente.

3.1.1 Meio ambiente e os bens jurídicos metaindividuais

Os bens jurídicos metaindividuais não possuem um sujeito passivo ou grupo de sujeitos passivos identificáveis. É exatamente o caso do meio ambiente. Trata-se de um direito que tem a todos como sujeito passivo e não é possível realizar qualquer tipo de individualização.

O bem jurídico meio ambiente possui algumas características que merecem ser evidenciadas porque impactam na mensuração do princípio da insignificância. O meio ambiente é um bem jurídico de significativa normatização. Sua normatização pressupõe um conhecimento técnico específico e mostra-se instável no tempo.

Analisando os tipos penais descritos na Lei 9.605/98, percebemos que uma parte deles faz uso da técnica legislativa da lei penal em branco. A delimitação do tipo penal só é possível se o intérprete recorrer a uma ou várias normas administrativas. "Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:"[27] Só é possível ao intérprete estabelecer os limites da conduta proibida se tomar conhecimento das normas administrativas que disciplinam a atividade da pesca em uma determinada localidade.

[27] BRASIL. Decreto-lei 1940.

Há outros tantos tipos penais, descritos na Lei 9.605/98, que fazem uso de elementos normativos jurídicos. O intérprete, para estabelecer o conteúdo da conduta proibida, também terá de apoiar-se em normas administrativas. Isso não significa que elementos normativos jurídicos se confundam com elementos em branco[28]. A norma administrativa não integra a lei penal que faz uso dos elementos normativos jurídicos, mas serve ao intérprete como referência para a construção dos limites da conduta proibida.

Os tipos penais que se utilizam de elementos normativos jurídicos ou da técnica da lei penal em branco denunciam a intensa interferência que as normas administrativas possuem na definição da conduta proibida.

A normativa extrapenal que dá contornos à tutela penal do meio ambiente ainda demanda um conhecimento técnico específico. Ele, com essa experiência, pode identificar, em um determinado rio, o período de desova de uma determinada espécie de peixe e, por isso, proibir sua pesca.

Somente um técnico pode emitir um parecer afirmando que a importação de determinada espécie de animal exótico não oferece risco ao meio ambiente. Isso é um elemento absolutamente essencial à verificação do crime descrito no artigo 31 da Lei 9.605/98, que assim dispõe: "Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente:"[29]

Por fim, essa regulação administrativa é potencialmente instável no tempo. A depender de uma alteração de uma determinada condição ambiental, uma espécie exótica pode ser nociva ou benéfica ao meio ambiente.

Nos crimes que tutelam bens jurídicos individuais, a referência para a mensuração da lesividade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado já pode ser depreendida do próprio tipo penal. O crime de furto consiste em "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel"[30]. O valor da coisa alheia móvel é a referência para a verificação do grau do dano ao bem jurídico patrimônio ocorrido no caso concreto. O crime de homicídio consiste em "matar alguém". O próprio verbo típico denuncia que a lesividade da conduta proibida consiste na lesão ao bem jurídico vida. Em outras palavras, na causação da morte.

Como se mensura o grau de lesividade ao meio ambiente da conduta de "pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditos por órgãos competentes"?

---

[28] "As normas penais em branco, [...] são aquelas que apresentam uma descrição insuficiente do comportamento ilícito, ensejando a complementação por outra disposição normativa (latu sensu). O preceito é formulado de forma genérica, sendo integralizado por outra regra, da mesma hierarquia." NETO, Nicolao Dino et al. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. 3. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2011, p. 163.
[29] BRASIL. Lei 9.605 de 1998.
[30] BRASIL. Decreto-lei 1940.

Como se mede o grau de lesividade da conduta de "introduzir espécime animal no país sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade administrativa"? Está claro que a dificuldade de mensurar a lesividade encontra-se no fato de que o tipo penal recorre a uma normativa extrapenal. Ficamos tentados a afirmar que, para a ocorrência do crime, basta a prática da conduta descrita na lei penal contrariando as normas administrativas relativas ao direito ambiental. A necessária verificação do grau de lesividade da conduta proibida em relação ao bem jurídico meio ambiente resumiria-se na constatação de que a normativa extrapenal foi inobservada.

Pouco importa se a introdução do animal no território nacional colocou em risco o meio ambiente. Basta, para que o crime se verifique, que a introdução não tenha sido precedida de um parecer técnico favorável e uma licença da autoridade competente. É incontroverso que a introdução de um animal no território nacional sem parecer favorável e licença é um ilícito. Todavia, somente será um ilícito penal se efetivamente colocar em risco o meio ambiente. Ressaltamos que o perigo, que pode justificar uma resposta penal, tem natureza objetiva e não subjetiva. Então, não adianta dizer que um animal, genericamente considerado, introduzido no país sem um estudo técnico pode colocar em risco o ecossistema. Essa afirmação é válida para concluirmos, neste item, que estamos diante de um ilícito administrativo. Para a verificação do ilícito penal precisamos questionar o seguinte: no caso concreto, aquele animal específico, colocou em risco a estabilidade do ecossistema? Do contrário, dano ou perigo de dano a um bem jurídico penalmente tutelado seria confundido com uma simples inobservância da norma jurídica, negando o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico penalmente tutelado.

Como dito, o grande problema que permeia a verificação da lesividade do bem jurídico penalmente tutelado nos crimes contra o meio ambiente é que a matéria é significativamente normatizada. O intérprete dificilmente consegue delimitar o conteúdo da conduta proibida sem fazer referência a uma normativa extrapenal que disciplina a matéria ambiental. A tendência é o intérprete confundir dano ou perigo de dano ao bem jurídico penalmente tutelado com a infração às normas administrativas que compõem ou auxiliam o intérprete a compor os limites da conduta proibida. É exatamente o que fez o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do Habeas Corpus de sua lavra.

4. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 112.563/SC, analisou a incidência do princípio da insignificância nos crimes ambientais. Narra o relatório do Habeas Corpus 112.563/SC que "o paciente foi condenado à pena de um ano e dois meses de detenção pela prática do delito previsto no art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/1998, Lei de crimes ambientais, por ter sido flagrado com doze camarões e uma rede de pesca fora das especificações da Portaria 84/02 do IBAMA"[31]. O paciente estaria praticando a "pesca do camarão em período defeso com uso de "gerival"[32] malha 25mm, petrecho proibido pela portaria 84/02".[33]

O impetrante sustentou que o dano ambiental causado pela pesca de 12 camarões com uma rede proibida pela portaria 84/02 causou um dano ambiental absolutamente insignificante. A conduta praticada pelo impetrante, entendemos, seria atípica, embora formalmente se amoldasse no disposto no art. 34 da Lei 9.605/98[34].

O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que não era o caso de se aplicar o princípio da insignificância. Afirmou que o tipo penal em análise não tem como pressuposto a existência "de um prejuízo econômico objetivamente quantificável, mas a proteção de um bem intangível, que corresponde, exatamente, à proteção do meio ambiente".[35] Continua o Ministro afirmando que,

> é notório que a pesca em período e por meio da utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos, como no caso dos autos, pode levar a um prejuízo muito mais elevado ao meio ambiente, tendo em vista os graves riscos a que se expõem os ecossistemas, as espécies, além de se observar a necessidade

---

[31] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.563/SC. Relator: Ricardo Lewandowsk. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 ago. 2012.

[32] "Gerival é um aparelho de pesca empregado, por pescadores artesanais, em águas esturinas onde há forte correnteza de marés. [...] é uma adaptação de uma tarrafa para camarão que opera como rede de arrastro pela impulsão da força da maré." BRASIL. ICMBIO, 1994.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.563/SC. Relator: Ricardo Lewandowsk. *Diário de Justiça Eletrônica*, Brasília, 21 ago. 2012.

[34] [...] Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:
Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.
Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:
I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;
II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos;
III - transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas. [...]. BRASIL. Lei 9.605. 1998.

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.563/SC. Relator: Ricardo Lewandowsk. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 ago. 2012.

> manutenção do equilíbrio ecológico, da preservação da biodiversidade e do uso sustentável dos recursos naturais.[36]

Conclui, então o Ministro dizendo: "o crime praticado pelo paciente, conquanto não tenha resultado em prejuízo de monta, lesou o meio ambiente, colocando em risco o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta."[37]

Está claro que o voto do Ministro Ricardo Lewandowski deduziu a lesão ou perigo de lesão ao meio ambiente do simples fato de que a conduta do acusado, então paciente, violou normas extrapenais. Não se preocupa, em momento qualquer, em verificar, no caso concreto, se a pesca dos doze camarões impôs qualquer dano ou mesmo perigo de dano significativo ao meio ambiente. A julgar pelas premissas postas pelo voto do Ministro Lewandowski, o fato de um crime ser de perigo abstrato impediria o intérprete de procurar, no caso concreto, a efetiva lesão ou exposição a perigo de lesão do bem jurídico penalmente tutelado. A tipicidade material se resumiria à constatação da infração administrativa.

O argumento de Ricardo Lewandowski, mesmo que diga o contrário, admite um juízo de tipicidade sem lesão ou perigo de lesão significativa a um bem jurídico penalmente tutelado. Confunde, o Ministro, o ilícito administrativo e penal e admite a possibilidade de impor pena privativa de liberdade a alguém que não causou, por sua ação ou omissão, um efetivo dano ou perigo de dano a qualquer bem jurídico penalmente tutelado.

O voto do Ministro Lewandowski foi vencido no Habeas Corpus 112.563. Os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes entenderam pela aplicação do princípio da insignificância. Todavia, sem maiores fundamentos, pois afirmaram, em síntese, que, no caso concreto, a imposição de pena criminal ao paciente mostrava-se desproporcional[38].

Buscávamos, nos votos majoritários, um critério que permitisse estabelecer as fronteiras do princípio da insignificância nos crimes que atentam contra o meio ambiente. Investigávamos um critério que nos permitisse identificar os limites da tipicidade material nos crimes que violam bens jurídicos metaindividuais.

O Supremo Tribunal Federal voltou a reconhecer o princípio da insignificância em crime ambiental na ação penal 439/SP. Nesse caso o acusado teria desmatado 0.0652 hectares.

---

[36] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.563/SC. Relator: Ricardo Lewandowsk. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 ago. 2012.
[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.563/SC. Relator: Ricardo Lewandowsk. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 ago. 2012.
[38] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.563/SC. Relator: Ricardo Lewandowsk. *Diário de Justiça Eletrônica*, Brasília, 21 ago. 2012.

O custo para a reparação foi estimado pelo perito em R$ 130,00 (cento e trinta reais)[39]. Por isso, o acusado foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 40 da Lei 9.605/98 que assim dispõe: "Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização" [40].

Em apertada síntese, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o dano causado ao meio ambiente não foi suficientemente grave a ponto de gerar a possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade em razão da extensão da aérea atingida. O réu foi absolvido porque a Suprema Corte reconheceu que a conduta era materialmente atípica[41].

Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal não explicitou o critério que nos permite delinear a incidência do princípio da insignificância nos crimes ambientais.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial n. 677.635/SC, "entende pela possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em crimes ambientais quando demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado"[42]. O Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus registrado sob o número 178.208/SP, determinou o trancamento de uma ação penal que versava sobre o crime de pesca predatória, também sob a alegação de que a conduta praticada lesou de forma insignificante o bem jurídico penalmente tutelado[43].

A jurisprudência consultada nos permitiu verificar que os Tribunais Superiores reconhecem a incidência do princípio da insignificância sob os crimes ambientais. Todavia, não possuem um critério que nos possibilite delimitar, no caso concreto, os limites da tipicidade material.

Sustentamos que a fronteira da tipicidade material nos crimes ambientais, assim como em todos os crimes que tutelam bens jurídicos metaindividuais, sejam a existência, no dano ou ameaça de dano verificada ao bem jurídico penalmente tutelado, de algum conteúdo ou referência antropocêntrica. É o dado antropocêntrico que nos permite distinguir entre o ilícito penal e administrativo. Isso impede que se confunda lesão ou ameaça de lesão a um

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 439/SP. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônica*, Brasília, 16 mar. 2009.
[40] BRASIL. Lei 9605 de 1998.
[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 439/SP. Relator: Marco Aurélio. *Diário de Justiça Eletrônica,* Brasília, 16 mar. 2009.
[42] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 677.635/SC. Relator: Sebastiao Reis Júnior. *Diário de Justiça Eletrônica,* Brasília, 29 set. 2015.
[43] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 178208/SP. Relatora: Maria Theresa Assis Moura. *Diário de Justiça Eletrônica*, 31 out. 2010.

bem jurídico penalmente tutelado com a simples violação de normas extrapenais que integram o tipo ou auxiliam o intérprete a conferir sentido ao tipo penal.

A conduta de pescar em período defeso ou em lugar proibido pela autoridade administrativa competente seria materialmente típica quando a lesão ao meio ambiente fosse de tal ordem significativa que gerasse algum prejuízo ou risco de prejuízo ao homem.

Nessa esteira o art. 29, inciso III da Lei 9.605/98 descreve a seguinte conduta proibida:

> [...] quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.[44]

Isso não significa que um indivíduo ao manter em cativeiro uma tartaruga, tigre d'água, cometa uma conduta típica. É necessário que a manutenção do animal silvestre em cativeiro sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, no caso concreto, coloque em risco o equilíbrio do ecossistema com algum impacto da vida do homem.

De outra forma, se alguém manter em cativeiro um número significativo da população de sapos de uma determinada região, e levar ao aumento de moscas pode potencializar a incidência de doenças. Nesse caso, verificado o impacto ao homem, estaria configurada a tipicidade material do delito descrito no art. 29, inciso III da Lei 9.605/98.

Não sustentamos uma concepção antropocêntrica ou mesmo ecocêntrica de meio ambiente. Simplesmente afirmamos que para se considerar uma conduta criminosa, ela deve lesar ou expor o meio ambiente a perigo, de tal forma, que se consiga verificar, na lesão ou perigo de lesão, alguma referência antropocêntrica. A ausência da referência antropocêntrica não indica que a conduta praticada não seja ilícita, todavia não será um ilícito penal.

5. CONCLUSÃO

O meio ambiente é um direito metaindividual. Não é possível identificar um sujeito passivo específico ou um conjunto identificável de sujeitos passivos. Além do mais, o meio ambiente, assim como qualquer outro bem jurídico metaindividual, possui um significativo

[44] BRASIL. Lei 9.605 de 1998.

grau de normatização, uma disciplina que exige um conhecimento técnico específico e instável no tempo.

Por ser um bem jurídico com expressivo grau de normatização, a análise da lesividade em abstrato "princípio da fragmentariedade" e em concreto "princípio da insignificância" é uma tarefa bem mais complexa.

Dividimos a avaliação do dano ao bem jurídico penalmente tutelado em três etapas distintas. Primeiro é necessário verificar se o bem jurídico é especialmente relevante a ponto de merecer a tutela penal. Como tratamos no presente artigo de crimes ambientais, esta primeira análise é desnecessária. Isso porque já há um comando constitucional expresso de incriminação de condutas lesivas ao meio ambiente.

Segundo, é necessário verificar se a conduta proibida lesa de forma significativa o bem jurídico que goza, legitimamente, de proteção penal. Nem todas as condutas lesiva ao meio ambiente mereçam ser tipificadas. Somente aquelas que o lesam de forma mais significativa. Concluímos que o dano culposo à planta de ornamentação pública é claramente inconstitucional por violar o princípio da fragmentariedade. Não há qualquer lesão ao meio ambiente que mereça uma resposta penal quando um indivíduo, culposamente, danifique uma begônia que ornamenta a entrada do apartamento de seu vizinho.

A Lei 9.605/98 descreveu uma série de crimes de perigo abstrato. Concluímos que os delitos de perigo abstrato não afrontam o princípio da fragmentariedade porque deixam em aberto a possibilidade de se verificar, no caso concreto, a efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Os crimes de perigo abstrato não obstam, em sua estrutura geral e abstrata, a verificação, no caso concreto, do dano ou perigo de dano ao bem jurídico meio ambiente.

E terceiro, é necessário verificar se a conduta em abstrato lesiva ao bem jurídico meio ambiente impõe, no plano concreto, um dano ou perigo de dano significativo ao bem jurídico penalmente tutelado.

O Supremo Tribunal Federal, STF, e o Superior Tribunal de Justiça, STJ, têm aceitado a incidência do princípio da insignificância nos delitos ambientais. Detectamos posição divergente no Supremo Tribunal Federal, notadamente do Ministro Ricardo Lewandowski.

Negar a incidência do princípio da insignificância aos crimes ambientais significa afirmar que o dano ou perigo de dano, ao bem jurídico, confunde-se com a mera inobservância de normas extrapenais relativas ao meio ambiente e que integram o tipo penal ou auxiliam o interprete a delimitar os limites da conduta proibida. Caso se opte por esse

caminho, negamos o princípio da exclusiva proteção do bem jurídico. A norma penal se justificaria pela necessidade de manter a estabilidade da própria norma. Sem a ideia de bem jurídico, o intérprete perde um importante elemento crítico que permite perquirir os limites da legitimidade constitucional dos tipos penais.

O certo é que, embora os Tribunais Superiores tenham entendimento majoritário no sentido de que o princípio da insignificância se aplica à matéria penal, não verificamos, nos julgados a que tivemos acesso, nenhum critério que permita traçar os limites da tipicidade material nos crimes ambientais. Concluímos que a solução está em identificar no dano ou perigo de dano ao meio ambiente algum conteúdo antropocêntrico. Nessa hipótese, a lesão ou perigo de lesão será significativa o suficiente para justificar uma resposta penal. Do contrário, aplica-se o princípio da insignificância e a conduta será considerada materialmente atípica.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. vol I.

BOTITNI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União***,** Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ constituicao /constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.
BRASIL. Código Penal. 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 26 maio 2016.

BRASIL. ICMBIO, 1994. http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/artes_de_pesca/artesanal/arrasto/gerival.pdf. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL. Lei 9.605 de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em 03 jun. 2016.

BRASIL. Lei 11.105 de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em 25 maio 2016.

BRASIL. Lei 6938 de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 01 jun. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.563/SC. Relator: Ricardo Lewandowisk.
Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 ago. 2012. Disponível em<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doc TP=TP&docID=3172637.>

Acesso em: 01 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 439/SP. Relator: Marco Aurélio. *Justiça eletrônica,* Brasília, 16 mar. 2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=575803.> Acesso em 01 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 677.635/SC. Relator: Sebastiao Reis Júnior. *Justiça eletrônica,* Brasília, 29 set. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60933868&num_registro=201500569290&data=20160516&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em 01 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 178208/SP. Relatora: Maria Theresa Assis Moura. *Diário de Justiça Eletrônica*, 31 out. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29410254&num_registro=201001228064&data=20130701&tipo=91&formato=PDF . Acesso em 02 jun. 2016.

CARVALHO, Gisele Mendes de. P*atrimônio Genético & Direito Penal: De acordo com a Lei 11.105/05.* Curitiba: Juruá. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras Excludentes de tipicidade.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoria de la imputación.* Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons.1997.

MILL, John Stuart. On Liberty. London: WL. Curtney, 2011.

MUNOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988.

NETO, Nicolao Dino et al. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. 3. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. vol. I.