

IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL

COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

C737

Competências ambientais e segurança jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização
Escola Superior Dom Helder;

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara, José Adércio Leite Sampaio, Luiz Gustavo
Gonçalves Ribeiro – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-276-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Sustentabilidade, Ambientalismo de Mercado e Geopolítica.

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Competências ambientais. 3. Segurança Jurídica. I. Congresso Internacional de Direito Ambiental (4:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Dom Helder

ESCOLA DE DIREITO

IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL

COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

Apresentação

O despertar da questão ambiental, sua importância, nuances e implicações, foi abordado, sob a égide das “Competências Ambientais e Segurança Jurídica”, por trabalhos ecléticos que revelaram o quão sublime é hoje o meio ambiente, assim considerado pelos mais diversos ramos do direito. O conteúdo interdisciplinar dos textos ora apresentados externa, nos limites do tema que deu título ao Grupo de Trabalho, aspectos penais, tributários, administrativos, civis e constitucionais correspondentes, a demonstrar que não apenas frutíferas, mas necessárias, são as implicações jurídicas ambientais no dia a dia de cada um e de todos. Trata-se de questão afeta, a um só tempo, ao público e ao privado, à vida e à organização social, ao direito ambiental e às demais áreas do direito. Alvissareira foi, portanto, a iniciativa dos autores que, com qualidade, expuseram a riqueza do tema, demonstrando não apenas compromisso com a pesquisa que desenvolveram, mas também que, nos mais diversos locais, o meio ambiente é hoje pautado como bem de primeira grandeza, embora ainda carente de práticas sociais que espelhem ainda mais essa importância. O conteúdo dos textos, é, pois, instrutivo e instigante, e não está circunscrito ao simplório. Por isso, a certeza de que a leitura deve ser feita não apenas por necessidade, mas também por deleite. Todos temos a ganhar com ela!

Belo Horizonte, setembro de 2016.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

José Adércio Leite Sampaio

Caio Augusto Souza Lara

CONTEÚDO INTELECTUAL DO DOLO NOS CRIMES AMBIENTAIS: O PROBLEMA DO ERRO SOBRE A NORMA DE COMPLEMENTAÇÃO DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

CONTENIDO INTELECTUAL DEL DOLO EN LOS DELITOS AMBIENTALES: EL PROBLEMA DEL ERROR SOBRE LA NORMA DE COMPLEMENTACIÓN DE LA LEY PENAL EN BLANCO

Frederico Gomes de Almeida Horta ¹

Resumo

Analisam-se os tipos de injusto ambientais determinados por leis penais em branco, com o fim de perquirir o conteúdo intelectual do dolo próprio desses delitos. Tem por objetivo enfrentar o problema da natureza e das consequências do erro sobre os elementos em branco das leis penais; especificamente sobre a norma de complementação da lei penal em branco. O problema é ilustrado a partir de quatro casos, solucionados ao final, após análise da controvérsia doutrinária pertinente e a partir de premissas teóricas relacionadas ao conteúdo mínimo do tipo, sua relação com a ilicitude e a teoria limitada da culpabilidade.

Palavras-chave: Crimes ambientais, Leis penais em branco, Dolo, Erro de tipo, Erro de proibição

Abstract/Resumen/Résumé

Se analizan los tipos de injusto ambientales determinados por leyes penales en blanco, con el fin de identificar el contenido intelectual del dolo en estos crímenes. Aborda el problema de la naturaleza y de las consecuencias del error sobre la norma de complementación de la ley penal en blanco. El problema se ilustra a partir de cuatro casos resueltos al final, después de un análisis de la controversia doctrinal pertinente y después de establecer algunos supuestos teóricos en relación al contenido mínimo del tipo, su relación con la antijuridicidad y la teoría limitada de la culpabilidad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Delitos ambientales, Leyes penales en blanco, Dolo, Error de tipo, Error de prohibición

¹ Professor adjunto de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Minas Gerais; doutor em Direito e mestre em Ciências Penais pela mesma instituição

1 Introdução

Os tipos de crime contra o meio ambiente, justamente por força do caráter supraindividual do seu objeto de ofensa, apresentam as principais peculiaridades estruturais que caracterizam dogmaticamente o direito penal socioeconômico. São na maioria das vezes crimes de perigo, e especialmente de perigo abstrato, legalmente definidos a partir de remissões a outras normas, com frequente recurso aos elementos normativos do tipo e às leis penais em branco.

As incriminações no direito penal ambiental são frequentemente de perigo porque uma tutela eficiente de um bem jurídico coletivo requer uma atuação repressiva em certa medida antecipada ao dano. Não seria razoável pressupor um resultado catastrófico, com repercussões sistêmicas sobre o meio ambiente, para se reprimir sob ameaça de pena uma conduta idônea a causa-lo. E são principalmente crimes de perigo abstrato, porque uma conduta individual, isoladamente considerada, raramente repercute a ponto de gerar uma perturbação sensível ou expor a uma situação efetivamente crítica, o equilíbrio de um ecossistema (SILVA SANCHEZ, 2011, p. 148). Daí porque a tutela de um bem supraindividual, como o meio ambiente, frequentemente importa na punibilidade de condutas em função das consequências deletérias que decorreriam da sua repetição por um número expressivo de pessoas, e não pelos seus próprios efeitos, por meio dos chamados delitos cumulativos (WOHLERS; HIRSCH, 2007, p. 299 *et seq.*).

Já a abundância de remissões a outras normas nas definições legais dos crimes contra o meio ambiente se deve, por um lado, à dimensão normativa deste bem jurídico, estabelecido a partir de um complexo regramento da vocação humana de modificar o meio natural, pela cultura. E por outro lado, deve-se à chamada acessoriedade administrativa do direito penal ambiental: uma orientação legislativa de condicionar a punibilidade das condutas ofensivas ao meio ambiente a um regramento administrativo altamente dinâmico, que amplia ou restringe a proteção ambiental segundo orientações políticas variáveis ao sabor de conveniências econômicas e sociais (GRECO, 2006, p. 152-194).

Essa conformação frequentemente normativa dos injustos penais ambientais, muitas vezes determinados pelo descumprimento de uma proibição, de um dever administrativo, ou pela violação de uma licença ambiental, torna problemática a determinação do conteúdo do dolo, pois turva a separação entre os elementos constitutivos do tipo legal de crime e o juízo de ilicitude da conduta incriminada. Como se sabe, no direito penal brasileiro, o dolo pressupõe apenas a consciência do autor quanto aos pressupostos fáticos do injusto que pratica, mas não a consciência da ilicitude de sua conduta (TOLEDO, 2000, p.277-278 e 286-287).

1.1 Contexto dogmático e apresentação do tema-problema

O desconhecimento da ilicitude da conduta, chamado erro de proibição, releva apenas para a culpabilidade, excluindo-a ou a atenuando, conforme seja respectivamente inevitável ou evitável, nos termos do artigo 21 do Código Penal (CP). Só são relevantes para excluir o dolo, nos termos do artigo 20 do CP, o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime; chamado erro de tipo, e o erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação; o erro de tipo permissivo.

Em geral, o tipo legal de crime coincide perfeitamente com a descrição legal da conduta incriminada. Isto se dá quando a lei penal se refere estritamente aos pressupostos fáticos do injusto para cuja prática culpável comina uma pena. Assim por exemplo o artigo 41 da Lei 9.605/98, que prevê apenas as circunstâncias fáticas da conduta proibida sob ameaça de pena e, portanto, os elementos constitutivos do tipo legal de incêndio florestal: “provocar incêndio em mata ou floresta”. Nesses casos é fácil identificar o conteúdo intelectual do dolo. Podemos afirmar com tranquilidade que se o agente não se dá conta da idoneidade de sua conduta para causar um incêndio, ou se não sabe que há uma floresta na área a ser queimada, incorre em erro de tipo e, portanto, não atua com dolo. Mas se ele reconhece todas essas circunstâncias, e ainda assim supõe ser permitido o incêndio, simplesmente porque a floresta se encontra nos limites da sua propriedade, seu erro não é de tipo, mas de proibição. Atua, então, com dolo e deverá ser punido por incêndio florestal, a menos que seu erro sobre a ilicitude do fato venha a ser considerado inevitável.

Algumas vezes, contudo, a lei penal exprime mais do que apenas os pressupostos fáticos da conduta incriminada, fazendo referência também ao juízo de ilicitude que sobre ela recairá. É o que ocorre, por exemplo, no artigo 71 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual a omissão de um procedimento de cobrança que exponha o consumidor ao ridículo só será punível quando praticado “injustificadamente”. Tem-se aqui um elemento de valoração global do fato, cuja posição sistemática é controvertida. Segundo a doutrina dominante, capitaneada por Claus Roxin (2003, p. 299-301), pertence ao tipo todos os pressupostos deste juízo, isto é; as qualidades e circunstâncias do procedimento indecoroso de cobrança que o tornam injustificado, mas não a própria valoração desse procedimento como injusto. Esta valoração corresponde à ilicitude da conduta e, como tal, não é compreendida pelo dolo.

Outras vezes, a lei penal sequer exprime todas as qualidades que distinguem a conduta incriminada, definindo o fato punível, em maior ou menor medida, como a infração de uma norma prevista em outra parte. Dessa forma delega a outro ato normativo, ao menos em parte,

a determinação do tipo, que se configura em contraste com o mandamento ou proibição extrapenal referido pela lei. Assim são as leis penais em branco, como o artigo 34 da Lei 9.605/98, que incrimina “Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente”. Como se vê, a conduta incriminada por este dispositivo não está estabelecida na própria lei penal, mas varia em função das proibições e interdições estabelecidas pelo órgão ambiental competente (como o IBAMA), cuja infração vem a ser um pressuposto legal da pena.

Pois bem, quando o tipo legal de crime - ou tipo de injusto, como se prefere chamar (TAVARES, 2002, p. 172, 179 *et seq.*) - vem a ser definido em função da infração de outras normas, às quais a lei penal faz referência, torna-se especialmente problemática a delimitação dos elementos do tipo em relação ao próprio juízo de ilicitude, e conseqüentemente a distinção entre o erro de tipo e o erro de proibição. Pois não se pode responder facilmente, a partir da mera apreciação gramatical de uma lei penal em branco, se a existência, a vigência ou o próprio comando da norma extrapenal complementar é ou não um elemento do tipo de injusto correspondente. Este é justamente o problema que se pretende enfrentar.

1.2 Procedimentos metodológicos e objetivos do trabalho

O problema do erro sobre a norma complementar das leis penais em branco pode ser traduzido como uma indagação sobre o alcance do dolo nos crimes definidos por leis penais em branco, ou sobre a natureza do erro quanto a existência ou o conteúdo da norma de complementação. Ilustram-no, os seguintes casos:

Caso 1: Um amante da pesca desportiva transporta peixes prematuramente colhidos d'água, sem saber que ainda não poderiam ter sido pescados em razão do tamanho que ostentavam. Tem ele o dolo próprio do crime previsto no artigo 34, §1º, inciso III, da Lei 9.605/98, consistente em transportar espécimes provenientes da pesca *proibida*?

Caso 2: Uma fábrica despeja efluentes líquidos inadequadamente tratados em um córrego, causando poluição hídrica com mortandade de peixes e risco à saúde da população ribeirinha. Considerando que o diretor de produção e o engenheiro responsável pela planta fabril desconheciam a norma regulamentar que determinava o tratamento químico da água, e não apenas a sua filtragem, têm eles o dolo correspondente à forma qualificada do crime de poluição, prevista no art. 54, §2º, V, da Lei 9605/98, consistente, entre outras formas, em causar poluição por lançamento de resíduos líquidos, *em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos*?

Caso 3 O proprietário de um imponente haras determina o corte de um jatobá, visando se livrar do cheiro forte dos frutos e empregar sua resistente madeira na reforma da cerca do curral de exibição. Ao fazê-lo, ele sabia se tratar de uma “madeira de lei”, mas ignorava a legislação municipal que exigia licença prévia do órgão ambiental para o corte daquela espécie vegetal, ainda quando localizada fora da zona urbana. Pode-se dizer, nestas circunstâncias, que o autor da ordem atuou com o dolo típico do crime previsto no artigo 45 da Lei 9605/98, consistente, entre outras formas, em cortar madeira de lei, assim classificada por ato do poder público, para qualquer exploração, econômica ou não, “*em desacordo com as determinações legais*”?

Caso 4 O herdeiro de uma fazenda desmata metade da sua área de reserva legal, constituída por vegetação de cerrado, para ampliar o pasto. Mas ao agir, desconhecia o termo de compromisso firmado pelo antigo possuidor com o órgão competente do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), do qual constavam a localização da área de Reserva Legal e as obrigações ali assumidas por força do disposto no Código Florestal (Lei n. 12.651/12). Considerando seu erro quanto ao ato obrigacional que o vinculava (art. 18, §§ 2º e 3º da Lei n. 12.651/12), o novo possuidor agiu com o dolo típico do crime previsto no artigo 68 da Lei 9.605/98, consistente em “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir *obrigação de relevante interesse ambiental*”?

Nos registros que se tem de enfrentamentos dessa matéria pelos tribunais, verificam-se soluções frontalmente divergentes, dada a carência de uma orientação doutrinária ou jurisprudencial amadurecida a respeito da natureza e das consequências do erro nos crimes definidos por leis penais em branco. Um caso análogo ao de número 1 foi julgado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3, que manteve a condenação de um pescador flagrado transportando 25Kg de peixes das espécies Jaú e Armado, que não ostentavam os cumprimentos mínimos para permissão de pesca estabelecidos pela Portaria n. 25, de 09 de março de 1993, do IBAMA, quais sejam: 35 centímetros para os Armados e 80 centímetros para os Jaús. A alegação de desconhecimento, pelo acusado, da proibição de pesca desses espécimes, foi tratada no acórdão como um erro de proibição evitável, do qual ademais os julgadores não se convenceram (SÃO PAULO, TRF3, 2009). Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal - STF, ao julgar um Deputado Federal, ex-Prefeito de Joinville, acusado de nomear ilegalmente servidores públicos (art. 1º, XIII, do Dec.-lei 201/1967), absolveu-o por considerar que agiu em erro sobre a ilegalidade dessas nomeações. A Turma julgadora considerou, por maioria, que tal circunstância é relevante para excluir o dolo, precisamente por ser erro de tipo, como ficou muito bem consignado no voto da Revisora, a Min. Rosa Weber (BRASIL, STF, 2015).

Como se vê nesses dois julgados, erros da mesma espécie são considerados ora como erro de proibição, irrelevante para o dolo, ora como erro de tipo, prejudicial ao dolo. Qual dessas soluções é a devida? Para tentar responde-lo, segue-se uma análise dos contornos do problema apresentado, com a definição dos seus pressupostos conceituais e uma exposição panorâmica das principais propostas doutrinárias a respeito da relevância do erro sobre a norma de complementação das leis penais em branco. Depois, a partir de premissas teóricas relacionadas ao conteúdo mínimo dos tipos penais e do dolo, apresenta-se um critério de solução que leva em conta a importância do conhecimento do dever extrapenal infringido em cada tipo de injusto, para a sua reprovabilidade. Ao final, analisam-se os casos supra expostos, apontando em quais deles o erro teria eficácia excludente do dolo.

2 Leis penais em branco, elementos em branco das leis penais e elementos normativos do tipo

Leis penais em branco são precisamente as disposições legais incriminadoras que definem o fato punível em função da infração de uma ou mais normas de caráter extrapenal, previstas em outra parte do ordenamento jurídico. Receberam este nome de Karl Binding¹ (1885 apud VEGA, 2000, p. 15-16), pois a leitura exclusiva de uma lei penal em branco não permite identificar plenamente qual é o pressuposto fático da pena que ela prescreve. A determinação da conduta incriminada por uma lei penal em branco só é possível mediante remissão aos atos normativos diversos que a complementam. Como bem observa Ingebourg Puppe, quando a lei penal faz referência a um dever estabelecido em outro lugar, não se pode extrair exclusivamente dela qualquer norma que tenha sentido, mas apenas uma tautologia (PUPPE, 2010, p. 112). Com efeito, não se pode extrair uma pauta de conduta exclusivamente do artigo 45 da Lei 9.605/98, pois tudo o que ele diz, afinal, é que não se deve cortar madeira de lei, quando tal conduta for proibida por outras determinações legais.

Fala-se em lei penal em branco, e não em norma penal em branco, porque norma em branco não existe; norma em branco não é norma. A norma é o comando; a pauta de conduta imposta por meio da lei. E esta, quando instituída por uma lei penal em branco, só toma corpo a partir do preenchimento da lei penal pelos preceitos que a complementam. Norma é o conteúdo da lei. E como Binding² (1890 apud SILVA, 2004, p. 40) percebeu desde a primeira vez em que tratou desta categoria, as leis penais em branco são por si só destituídas de conteúdo

¹ *Handbuch des Strafrechts*, t. I, 1885, p. 180.

² BINDING, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung*. Zweite Aufl. Erster Bd. Normen und Strafgesetze. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1890, p. 162.

e o procuram “como um corpo errante procura sua alma”, especialmente quando a proibição para cuja violação cominam pena vem a ser exarada posteriormente à lei penal, por legislação particular ou pela autoridade local.

Assim como, e justamente porquê, não há norma em branco, também não há tipo penal em branco. O tipo não se confunde com a lei penal, e isso é evidenciado pelas leis penais em branco. Nas precisas palavras de Welzel (2001, p. 48), o tipo é a matéria da proibição. O tipo é a definição abstrata da ação ou omissão proibida pela norma penal incriminadora. E por isso o tipo só se constitui a partir do preenchimento do elemento em branco da lei penal, pela norma de complementação à qual ela remete. Consequentemente, os elementos em branco da lei penal, isto é; as referências legais aos deveres extrapenais – mandamentos ou proibições, previstos em outra parte – não são elementos do tipo, pois só o integram depois de serem devidamente preenchidos pelo conteúdo desses deveres extrapenais.

Nisto reside a chave da diferenciação, tão controvertida na doutrina, entre os elementos normativos jurídico-institucionais do tipo e os elementos em branco das leis penais. Como o próprio nome já diz, aqueles pertencem também ao tipo e estes apenas à lei penal. Exatamente porque se referem a deveres extrapenais, cuja infração vem a ser pressuposto do fato punível, os elementos em branco da lei penal não compõem por si só a descrição da conduta que vem a ser, por força deles, penalmente proibida. Com efeito, expressões como “em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos” (art. 54, §2º, V da Lei 9606/98) não conotam por si só os pressupostos da conduta incriminada que, por meio delas, a lei insere no tipo. Expressões assim não bastam para a construção do tipo, que haverá de incluir necessariamente os seus objetos de referência, isto é; a precisas circunstâncias da ação que contrariam a determinação legal ou regulamentar.

Já os elementos normativos do tipo, ao contrário dos elementos em branco da lei penal, não são como incógnitas da lei, mas unidades de sentido que conotam aspectos da realidade institucionalmente criados e determinados, que vem a ser relevantes para o direito penal. São signos muitas vezes indispensáveis para a descrição e identificação do fato típico, como “coisa alheia móvel” (art. 155 do CP), “casamento” (art. 235 do CP) ou “funcionário público” (art. 331 do CP). Eles compõem, por meio de seu significante, a descrição da conduta proibida. E justamente por isso são elementos constitutivos do tipo. É dessa diferença que se fala, com razão, quando se afirma que as normas referidas pelos elementos normativos do tipo cumprem uma função meramente interpretativa, enquanto as normas referidas pelos elementos em branco têm papel integrativo ou constitutivo do tipo penal (GUARAGNI; BACH, 2014, p. 28-29, 146).

São, então, elementos normativos do tipo, e não elementos em branco das leis penais, expressões legais como “Unidades de Conservação” (art. 40, *caput*, da Lei 9.605/98), “floresta considerada de preservação permanente” (art. 38, *caput*, da Lei 9.605/98) e “madeira de lei” (art. 45 da lei 9605/98). Pois em que pese o conteúdo ou o próprio campo denotativo desses termos serem definidos por normas extrapenais, eles possuem conotação ou intensão idôneas a exprimir as características penalmente relevantes dos seus objetos de referência. E sendo assim, conferem sentido ao tipo e o compõem por si só, independentemente das normas extrapenais que estabelecem suas condições de uso. De fato, quando se fala em dano às Unidades de Conservação, destruição de floresta considerada de preservação permanente e em corte de madeira de lei, exprime-se muito claramente o conteúdo das proibições penais previstas, respectivamente, nos artigos 40, *caput*; 38, *caput* e 45 da Lei 9605/98, sem que para conferir-lhes sentido seja necessária a referência a cada uma das áreas classificadas como Unidades de Conservação; às condições determinantes das floresta de preservação permanente; e nem a cada uma das espécies vegetais (madeiras) especialmente protegidas por lei.

Também só são elementos em branco das leis penais aqueles referidos a normas extrapenais imperativas ou a permissões gerais delimitadoras de proibições ou deveres cuja inobservância se incrimina. Pois as normas permissivas individuais não definem, mas apenas excepcionam a proibição. Com efeito, as referências legais à “permissão de autoridade competente”, no art. 39, à sua “licença”, no art. 51, ou à sua “autorização”, no art. 50A, todos da Lei 9.605/98, não remetem ao conteúdo, mas à mera forma dessas normas extrapenais, isto é; ao ato constitutivo delas. Conseqüentemente, o sentido da proibição penalmente imposta se verifica com independência do conteúdo dessas normas extrapenais permissivas, o qual, ademais, já se poderia deduzir desde os próprios dispositivos penais. Como o sentido das normas de determinação se conforma independentemente da determinação das permissões, licenças ou autorizações individuais eventualmente referidas pelas leis penais, essas referências integram diretamente o tipo de injusto correspondente, independentemente de complementação. São, portanto, elementos normativos do tipo, de caráter negativo.

Não há dúvidas de que os elementos normativos do tipo hão de ser alcançados pelo dolo, como todos os demais pressupostos fáticos do injusto. A única dificuldade nesses casos é determinar qual o nível de compreensão dos elementos normativos o dolo requer, especialmente em se tratando daqueles de conteúdo jurídico. Trata-se de um tema interessante, cuja análise não caberia nestas linhas. Mas quanto ao ponto vale ainda a orientação geral de Edmund Mezger (1957, p. 148), segundo a qual para o dolo quanto aos elementos normativos do tipo basta uma valoração paralela, desde a esfera do leigo. Por esta fórmula, Mezger fala de um

reconhecimento do conteúdo valorativo dos elementos normativos do fato típico pelo seu autor, ainda que sem dispor dos conhecimentos técnicos próprios do Juiz.

Equivale a dizer que o autor não precisa conhecer o ato do Poder Público que classifica uma madeira de lei ou que constitui uma Unidade de Conservação, nem tampouco conhecer os critérios legais de determinação das áreas de preservação permanente. Mas para fundamentar o dolo típico dos crimes previstos nos artigos 45, 40 e 38 da Lei 9605/98 será indispensável que ele reconheça, respectivamente, a especial proteção estatal destinada à madeira cortada ou à área danificada, bem como as propriedades ecológicas que fundamentam o excepcional valor ambiental da floresta destruída.³ Portanto o problema do alcance do dolo, pelo menos desde uma perspectiva sistemática, restringe-se aos elementos em branco das leis penais, em face da viva controvérsia quanto à pertinência do dever extrapenal que os preenchem, aos tipos de injusto correspondentes às leis penais em branco. Expõem-se a seguir algumas das principais respostas a este problema.

3 Da controversa posição sistemática das normas de complementação das leis penais em branco

Segundo a doutrina dominante, capitaneada por Hans Welzel, o erro sobre a norma de complementação da lei penal em branco será sempre erro de proibição. Ao tratar dos erros sobre os fatos puníveis segundo as leis penais em branco ou sobre aqueles definidos por “tipos que fazem remissão a outras normas”, Welzel (2001, p. 129) simplesmente reafirma a incidência das “regras gerais”, de tal modo que o erro sobre uma circunstância do tipo estabelecido na lei complementar é um erro de tipo, enquanto o erro sobre a existência da norma complementar é um erro de proibição.

A partir dessas premissas, todos os quatro casos de erro indicados na introdução haveriam de ser considerados erros de proibição e, portanto, todas as condutas ali descritas teriam sido praticadas com dolo. Ocorre que, para Welzel, os tipos correspondentes às leis penais em branco decorreriam de uma leitura conjunta destas com a suas normas complementares, por meio da qual o conteúdo do preceito, ao qual a lei genericamente remete, seria substituído no tipo apenas pelos pressupostos fáticos da sua infração (TIEDEMANN, 2009, p. 214-215).

Dentre os adeptos dessa orientação se pode citar Günther Jakobs (1997, p. 345-346), Hans Heinrich Jescheck e Thomas Weigend (2002, p. 331), Francesco Carlo Palazzo (1974, p.

³ Para desenvolvimentos mais recentes do problema da compreensão dos elementos normativos do tipo necessária ao dolo, ver FRISCH, 2010, p. 73 *et seq.*; PUPPE, 2010, p. 126 *et seq.*; e DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2008.

217 *et seq.*), Enrique Bacigalupo (2002, p. 159-160), e no Brasil, Francisco de Assis Toledo (1977, p. 126), Luiz Luisi (1987, p. 116), Luís Augusto Sanzo Brodt (1996, p. 82), Pablo Alflen da Silva (2004, p. 151-152) e André Vinícius de Almeida (2005, p. 105-106). Como bem observa Puppe (2010, p. 117-118), a doutrina majoritária opõe à solução de Welzel apenas a ressalva de que quando a norma complementar for uma norma individual, sem eficácia geral, o erro sobre a vigência de tal disposição ou sobre o dever que dela decorre é um erro de tipo. Mas conforme ressaltamos na sessão anterior, a norma individual como a licença, a autorização e a permissão é elemento normativo do tipo. E, portanto, nesses casos já não se trata de erro sobre elemento em branco das leis penais.

Mas a tese de que o erro sobre a existência da norma complementar da lei penal em branco é irrelevante para o dolo, embora amplamente avalizada pela doutrina, já encontra fundada oposição por parte de um grupo minoritário, mas aparentemente crescente de autores (DÍAS y GARCÍA CONLLEDO, 2008, p. 429) que têm contribuído para revelar a complexidade do tratamento do erro sobre essa circunstância. Dentre os seus representantes, que igualmente elaboram suas posições a partir da teoria da culpabilidade,⁴ destacam-se Klaus Tiedemann, Puppe e Wolfgang Frisch. Os dois primeiros tomam posição diametralmente oposta à de Welzel quanto ao ponto, defendendo que o erro sobre o dever extrapenal referido pelas leis penais em branco é sempre prejudicial ao dolo típico dos delitos previstos por essas leis.

Tiedemann se opõe à irrelevância para o dolo, genericamente atribuída ao erro sobre a existência da norma complementar da lei penal em branco, por dois argumentos. Primeiramente, porque não vislumbra razões para se dispensar ao erro sobre os elementos em branco dos “tipos penais” tratamento distinto daquele dispensado ao erro sobre os elementos normativos do tipo (TIEDEMANN, 2002, p. 92). Depois, por considerar que a norma de dever ser (o dever) se inclui no tipo quando este por si mesmo, isto é; apenas por seus demais elementos, possa ser considerado neutro em relação ao injusto ou inclusive socialmente adequado, o que é especialmente comum no âmbito do direito penal acessório (TIEDEMANN, 2009, p. 216-217) como é o caso do direito penal ambiental.

Também Puppe (2010, p. 117) se opõe à doutrina majoritária, ao afirmar que a realização dolosa do tipo correspondente às leis penais em branco requer a consciência do

⁴ A teoria da culpabilidade se consolidou historicamente na Alemanha sob a influência da doutrina da ação finalista, de Hans Welzel, e inspirou a reforma da parte geral do Código Penal brasileiro, operada em 1984. Segundo essa teoria, só é relevante para excluir o dolo o erro que recaia sobre os elementos constitutivos do tipo legal de crime, na sua versão estrita, ou sobre os pressupostos em geral, naturais ou normativos, do injusto, na sua versão limitada, enquanto o erro sobre a ilicitude do fato relevará apenas para a apuração ou para a medida da culpabilidade, conforme a sua evitabilidade.

preceito extrapenal cuja infração integra o fato punível. A amplitude da solução apresentada por Puppe para este problema se deve à sua compreensão dos elementos em branco, não apenas como aspectos da lei penal, mas como elementos que integram diretamente – e sempre – o “sentido do tipo”, assim como os elementos normativos jurídico-institucionais. Ao incluir diretamente no tipo os elementos em branco da lei penal, que mencionam a contrariedade da conduta incriminada a uma obrigação extrapenal indeterminada, Puppe acrescenta ao sentido do tipo a própria obrigação contrariada, e não apenas os pressupostos fáticos, descritivos ou normativos, da mencionada contrariedade. Então, tomando por premissa o caráter vinculante do sentido do tipo em relação à representação que fundamenta o dolo, Puppe deduz a máxima segundo a qual, para além dos tipos das normas complementares da lei penal em branco, o autor do injusto doloso deve conhecer também a vigência daquelas, pois somente nestes casos sabe que existe para ele uma obrigação jurídica (PUPPE, 2010, p. 117-118).

A partir destas propostas, chega-se também a uma única solução para os quatro casos expostos no início. Esta solução, contudo, seria agora pela exclusão do dolo em todos eles, posto que os erros sobre as normas de complementação ali referidos haveriam de ser considerados hipóteses de erro de tipo, a merecer o tratamento do artigo 20 do CP.

A melhor solução, contudo, não parece estar em nenhum dos dois extremos, isto é; não se defende uma única solução para todos os casos de erro sobre a norma de complementação da lei penal em branco. Pois não se pode afirmar aprioristicamente, nem a impertinência e nem a inclusão, nos tipos correspondentes às leis penais em branco, do dever extrapenal imposto pelos atos normativos complementares. É certo que os tipos não se confundem com as leis penais em branco que os estabelecem, mas resultam de uma leitura conjunta delas, com as normas complementares. Mas também não se pode presumir, como a doutrina dominante, que essa leitura conjunta sempre substitui o dever extrapenal genericamente mencionado na lei, pelos pressupostos (naturais ou normativos) da sua infração.

Ocorre que, desde uma perspectiva puramente semântica, duas são as leituras conjuntas possíveis das leis penais em branco: a que exclui o dever extrapenal do tipo, substituindo-o pelos pressupostos da sua infração, e a que menciona o dever extrapenal infringido pelo autor do crime (como um elemento imperativo do tipo), definindo essa infração em todas as suas circunstâncias, a partir da norma complementar. Por exemplo, a conduta incriminada no art. 34, *caput*, da Lei 9.605/1998 – “Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente” - a partir da complementação por uma das normas administrativas às quais o dispositivo se reporta, pode ser definida como desobediência à proibição do órgão competente, de pescar no Rio Araguaia entre 1.º de

novembro e 28 de fevereiro, ou simplesmente como a pesca no Rio Araguaia, entre 1.º de novembro e 28 de fevereiro.

Corresponde à primeira hipótese um tipo penal no qual a desobediência caracteriza a conduta incriminada, que pode ser formulado nos seguintes termos: “Pescar no Rio Araguaia entre 1 de novembro e 28 de fevereiro, contrariando a proibição do órgão competente”. Já se partimos da segunda hipótese, diríamos que o tipo penal correspondente ao artigo 34, *caput*, da Lei 9.605/1998 não incorpora o comando extrapenal infringido, mas apenas os pressupostos fáticos da sua infração. Ter-se-ia, então, um tipo mais simples, com a seguinte configuração: “Pescar no Rio Araguaia, entre 1º de novembro e 28 de fevereiro”. Desse modo, a conduta punível já não é a desobediência à norma ambiental, ao defeso da pesca, mas a pesca em si, por ter sido praticada em determinado local e período.

Sendo assim, é necessário identificar as razões dogmáticas que determinam o conteúdo do injusto definido por lei penal em branco, ou seja; o papel que será desempenhado pela norma complementar, segundo o dispositivo legal que a ela remete. Frisch caminha justamente neste sentido, não apenas ao se posicionar quanto ao erro sobre a existência da norma complementar da lei penal em branco, mas também quanto ao alcance intelectual do dolo em relação aos elementos normativos do tipo e quanto à natureza do erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Segundo este autor, o tratamento sistemático das diversas formas de erro, como excludentes do injusto doloso ou como erros relevantes apenas para a culpabilidade, devem partir da pergunta sobre a eficácia de uma falsa representação ou compreensão, do fato ou do direito, para excluir o caráter injusto da decisão do agente, que é o conteúdo necessário de qualquer injusto doloso (FRISCH, 2010, p. 57-58, 64-65, 72 *et seq.*).

Consequentemente, para Frisch, a inclusão ou não no tipo, do comando extrapenal complementar da lei penal em branco, dependerá da necessidade do conhecimento deste, pelo agente, para que lhe seja compreensível a ofensividade da sua conduta, aqui compreendida como contrariedade dela ao bem jurídico. Pois só quando o agente conhece as características da conduta típica determinantes da contrariedade dela ao bem jurídico, é que se pode valorar como injusta a sua decisão de praticá-la (FRISCH, 2010, p. 80-83).

4 Dos tipos de injusto correspondentes às leis penais em branco: critérios de conformação

A proposta de Frisch leva a soluções fundamentalmente corretas para o erro sobre o dever extrapenal em branco. Mas talvez Frisch incorra em certo tautologismo, ao definir a relevância do erro para excluir o dolo, a partir do que considera ser o dolo próprio de cada delito. Ocorre que o direito penal brasileiro, assim como o alemão, vincula o conteúdo

intelectivo do dolo aos elementos constitutivos do tipo, e não o contrário. Sendo assim, para se definir os efeitos do erro sobre os elementos em branco das leis penais, não se deve perquirir diretamente o conteúdo mínimo do dolo, mas antes o conteúdo mínimo do tipo.

Pois bem, considerando que só é legítimo ao Estado proibir uma conduta, sob ameaça de pena, se ela prejudicar ou for incompatível com as condições indispensáveis para a livre realização individual ou coletiva de outras pessoas, os chamados bens jurídico-penais (art. 1º, III; art. 5º, *caput*, e da CR/88 e art. 13, *caput*, do CP); e considerando que o tipo contém todos os fundamentos positivos do ilícito penalmente relevante, como sua *ratio essendi*, pode-se afirmar que integram necessariamente o tipo todas as circunstâncias determinantes da contrariedade da conduta incriminada a um bem jurídico. Todo tipo de delito deve ter o sentido de uma ofensa a um ou mais bens jurídicos.

Sendo assim, a pertinência a um tipo de injusto determinado por lei penal em branco, do dever extrapenal estabelecido pela norma complementar, dependerá da necessidade de menção à infração desse dever para que tal tipo conote a ofensa punível. Essa necessidade varia conforme a existência, na lei penal em branco, de qualidades da conduta incriminada capazes de indicar por si só, a sua contrariedade ao bem jurídico.

Não se deve levar em conta, para tanto, as características conferidas à conduta incriminada pelas normas extrapenais complementares, por meio da leitura conjunta. Pois como o poder punitivo brota exclusivamente da lei penal (art. 1º do CP), só nela mesma se podem encontrar os pressupostos determinantes da decisão soberana de tornar punível uma conduta. Embora os tipos correspondentes às leis penais em branco sejam também integrados por elementos determinados pelas normas complementares, os pressupostos fundamentais, a essência objetiva e subjetiva destes, como de todo tipo penal, são os elementos definidos pela própria lei punitiva. Por isso é a lei penal em branco, e não as normas extrapenais complementares, que determina se o fato punível envolverá ou não uma desobediência ou insubordinação conscientes ao dever extrapenal.

Voltando aos casos iniciais, pode-se afirmar desde logo que o caráter defeso ou a proibição administrativa da pesca é elemento dos tipos penais correspondentes ao art. 34, *caput* e parágrafo único, inc. I, da Lei 9.605/1998, assim como compõe o tipo do delito de transporte ou comercialização de espécimes provenientes da pesca proibida, previsto no terceiro inciso do mesmo parágrafo. Pois os simples atos de pescar, de transportar ou comercializar o produto da pesca, mencionados na lei, não significam uma ofensa ao equilíbrio ambiental e nem tampouco à fauna. Pelo contrário, pescar é uma das formas mais naturais de relação do homem com o

meio ambiente. A pesca em si é um valor, tanto na perspectiva individual, da saúde, quanto coletiva, da economia.

A ofensividade que pode decorrer da pesca está relacionada a condições específicas, como a sua prática no período de reprodução dos peixes, em lugares especialmente protegidos da atividade pesqueira pela necessidade de excepcional proteção ambiental, visando espécies ameaçadas de extinção ou em condições comprometedoras da política de recomposição da fauna aquática de alguma região, por exemplo. A lei penal, contudo, não menciona nenhuma dessas circunstâncias. Daí se conclui que o injusto típico estatuído pelo art. 34 da Lei 9605/98 não é simplesmente uma determinada conduta (pesca) ofensiva à fauna aquática, mas também e preliminarmente a infração de um dever extrapenal orientado à proteção da fauna aquática.

Pois embora a ofensividade seja uma condição do caráter penalmente relevante da conduta, tudo o que a lei diz sobre a pesca ou o transporte de pescado típicos é que eles contrariam uma proibição administrativa. E como apenas essa contrariedade é que indica, desde os parcos termos legais, o desvalor, o significado social ou a ofensividade da conduta incriminada, pode-se dizer que os dispositivos analisados incriminam a desobediência, ofensiva à fauna aquática, das restrições à pesca emanadas pelos órgãos de proteção ambiental.

Essa desobediência é, portanto, ao lado das suas condições objetivas, um pressuposto de todos os fatos puníveis previstos no artigo 34 da Lei 9605/1998 e, como tal, um elemento constitutivo dos tipos correspondentes. Sendo assim, esses injustos penais requerem mais do que a vontade de pescar em determinado tempo e lugar, de recolher d'água ou de transportar determinados espécimes pescados; requer a decisão de desobedecer ao defeso ou à interdição da pesca estabelecidos pelo órgão ambiental competente. Por isso, excluem o dolo, nos termos do art. 20, *caput*, do CP, não apenas o erro quanto ao rio, quanto à data na qual se pesca, quanto à espécie ou comprimento dos espécimes pescados, mas também a ignorância da proibição de pescar em determinado rio ou em determinada época, ou o desconhecimento da proibição de pescar peixes de certo tamanho.

O mesmo não se pode dizer do tipo penal correspondente à lei penal em branco do art. 54, §2.º, V, da Lei 9.605/1998, que incrimina provocar poluição ambiental por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, em desacordo com as exigências estabelecidas em lei ou em regulamentos. Pois em tal tipo de injusto o sentido social da conduta incriminada já é conferido pela descrição legal do seu resultado – poluição ambiental – e, portanto, independentemente de menção ao dever extrapenal infringido por quem a pratica. Também no crime de perigo concreto previsto no dispositivo legal em branco do art. 26 da Lei 6.453/1977, consistente em “Deixar de observar as normas de segurança ou de proteção relativas à instalação

nuclear ou ao uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”, a ofensividade da conduta à incolumidade pública se releva independentemente de menção ao específico dever extrapenal de cautela infringido pelo autor. Pois a própria lei penal em branco inclui diretamente no tipo a criação de um perigo concreto para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, como consequência da manutenção de uma instalação nuclear, ou do uso, transporte, posse e guarda de material nuclear, sem as devidas precauções.

Como se vê, em crimes de dano, que se caracterizam pela causação de uma lesão ao bem jurídico, e nos crimes de perigo concreto, que se caracterizam pela exposição do bem jurídico a uma situação crítica, na qual a manutenção da sua integridade fica sujeita à mera casualidade, a ofensividade da conduta se revela com independência da infração de uma norma extrapenal eventualmente concorrente para a composição do tipo. Pois nessas estruturas de crime, o resultado de dano ou de perigo concreto mencionados pela lei são suficientes para conferir ao tipo o necessário sentido de uma ofensa.

Ora, quando a lei penal em branco já contém elementos significativos da ofensividade da conduta punível, como são os resultados de dano ou de perigo concreto, há de se afastar a integração do tipo correspondente também pelo próprio dever extrapenal infringido por quem o pratica. Pois se os dois conteúdos possíveis da lei penal em branco – a incriminação de uma conduta definida em contraste com a norma complementar, ou a punibilidade da desobediência ao dever imposto pela norma complementar – exprimem igualmente a ofensividade do fato punível, o tipo corresponderá, segundo a sua função sistemática, àquele que se formula sem expressa menção ao dever extrapenal infringido.

Com efeito, o distinto tratamento conferido pelo direito brasileiro ao erro de tipo (art. 20, *caput*, do CP), em face do erro de proibição (art. 21 do CP), pressupõe a separação sistemática entre as características determinantes da incriminação de uma conduta e a valoração dessa conduta como ilícita. O Código consagra a tese de que a responsabilidade do agente pelo injusto doloso se baseia fundamentalmente na sua consciência de praticar uma conduta socialmente danosa, e por isso se impõe mesmo quando o agente desconheça a proibição de praticá-la, salvo quando esse desconhecimento lhe seja inevitável. E sendo assim, a proibição em si da conduta incriminada só pode ser considerada elemento do tipo quando nela mesma residir a razão determinante da incriminação, isto é, quando o desvalor social dessa conduta não derivar apenas e diretamente das suas características imanentes, mas também e imediatamente da sua contrariedade a normas extrapenais, orientadas à proteção do bem jurídico.

As normas de segurança ou de proteção relativas à instalação nuclear, por serem dispensáveis para exprimir a ofensividade da conduta incriminada no art. 26 da Lei 6.453/1977, não integram o tipo penal correspondente. E sendo assim, quem erra sobre a existência ou o conteúdo delas incorre em mero erro de proibição. Pelas mesmas razões, só integram o tipo do crime de poluição (art. 54, §2º, V, da Lei 9.605/1998), as circunstâncias fáticas da conduta que contrariam as exigências legais ou regulamentares sobre lançamento de resíduos no ambiente, mas não essas exigências em si. Então, o desconhecimento pelo agente, da obrigação administrativamente imposta de limitar a emissão de determinados gases pela sua fábrica, ou de tratar os efluentes líquidos desta, será mero erro de proibição, indiferente para o dolo. Mas haverá erro de tipo, por exemplo, quando o agente desconhecer a eficácia poluente dos seus efluentes líquidos ou quando ele se equivocar sobre a concentração de um determinado gás tóxico na fumaça expelida das chaminés da sua fábrica, supondo que os seus filtros estivessem funcionando adequadamente.

Mesmo não prevendo o dano ou o perigo concreto provocado pela conduta típica, a lei penal em branco pode abarcar outras qualidades e circunstâncias desta por si só indicativas da sua contrariedade ao bem jurídico, capazes de conferir ao fato incriminado o conteúdo próprio de um injusto. Consequentemente, o dever extrapenal infringido pelo sujeito ativo poderá ficar de fora também de alguns tipos de perigo abstrato definidos por leis penais em branco. Tal ocorre quando o objeto material, o instrumento ou outras circunstâncias típicas, por suas próprias características, conotam a relevância da conduta para o bem jurídico e os custos sociais da sua prática.

É o que se verifica, por exemplo, no tipo de injusto correspondente ao dispositivo legal em branco constante do art. 45 da Lei 9.605/1998, segundo o qual é punível com reclusão de um a dois anos, e multa, cortar madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para qualquer exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais.⁵ Ocorre que o conteúdo da proibição determinada a partir desse dispositivo penal já conota a incompatibilidade da conduta, enquanto modelo de comportamento, para a manutenção da flora, mesmo quando não se menciona a violação “das determinações legais” pelo seu autor. Pois a qualificação do objeto material, “madeira de lei, assim classificada por ato do Poder

⁵ Ressalte-se que tal tipo, embora material, não é de dano, mas de perigo abstrato. Pois o seu objeto de tutela não é a árvore em si, da qual se extrai a madeira, mas a flora de um determinado bioma, enquanto elemento do ecossistema equilibrado. Trata-se, em verdade, de um exemplar da classe dos delitos cumulativos, que se caracterizam por uma conduta em si mesma incapaz de provocar uma ofensa juridicamente relevante, mas que são puníveis em vista das consequências que resultariam da sua prática reiterada, por um número significativo de pessoas.

Público”, é um elemento normativo do tipo que como tal deve ser alcançado pelo dolo do agente. E o agente que corta uma árvore consciente da especial proteção jurídica dedicada à planta abatida já dispõe de conhecimento suficiente para reconhecer o sentido social da sua conduta.

Consequentemente, só haverá erro de tipo se o agente desconhece que o objeto material do crime é “madeira de lei”, ou se ele erra sobre alguma circunstância fática da conduta que, se existisse, tornar-lhe-ia conforme as “determinações legais”. Já o erro sobre a existência das determinações legais administrativas contrariadas por quem pratica objetivamente esse tipo de crime é indiferente para o dolo, relevando apenas para a apuração da culpabilidade, como erro exclusivo sobre a ilicitude.

Não obstante, a ofensa característica dos crimes de perigo abstrato, que é o prejuízo para as condições de segurança necessárias à manutenção e disposição racional de um bem jurídico (KINDHÄUSER, 2008, p. 57), nem sempre se evidencia pelas circunstâncias descritivas ou normativas determinantes da conduta típica. Muitas vezes a ofensividade dessa conduta só se revela pela consideração da sua contrariedade aos padrões de comportamento positivamente estabelecidos em nome da proteção do bem penalmente protegido. E nestes casos, a infração da norma complementar poderá ser um elemento indispensável para conferir ao tipo de injusto o sentido objetivo de uma ofensa ao bem jurídico.

Isso não significa que a ofensividade de uma conduta punível como crime de perigo abstrato decorra da sua mera proibição, ou que esses crimes se resumam à desobediência ou à violação de expectativas normativas. Mas frequentemente, em especial quando se trata de bens jurídicos coletivos, o comprometimento gerado pela conduta proibida para as condições de manutenção segura do bem jurídico só se pode compreender a partir de juízos de alta complexidade, que envolvem invulgares conhecimentos ecológicos, econômicos, financeiros etc., bem como a ponderação dos legítimos interesses sociais conflitantes com a proteção irrestrita do bem jurídico, os quais determinam os seus limites normativos.

Consequentemente, embora a proibição extrapenal da conduta punível não seja o fundamento material a *ratio essendi*, do injusto penal de perigo abstrato determinado por leis penais em branco, ela pode ser a sua *ratio cognoscendi*, isto é o seu fundamento lógico. E nestes casos, como único indicativo do desvalor da ação, haverá de integrar o tipo, para que a sua realização voluntária se possa considerar uma decisão injusta do autor, dirigida contra o bem jurídico. Equivale a dizer que quando o sentido social da conduta incriminada for conferido exclusivamente pela infração à norma complementar da lei penal em branco, o tipo de injusto correspondente só poderá ser de desobediência a essa norma extrapenal. Pois nesses casos, a

desobediência é que conferirá ao tipo o sentido objetivo de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo comando infringido. A desobediência ao comando extrapenal será, então, o núcleo ou o modo de execução do tipo, ao lado da forma e das características peculiares da conduta que o contraria.

São tipos dessa classe, por exemplo, os dos crimes de contrabando (art. 334A, *caput*, do CP), de omissão de notificação compulsória (art. 269 do CP), de venda de mercadoria em desacordo com as prescrições legais (art. 7º, II, da Lei 8137/90) e de nomeação ilegal de servidor municipal (art. 1º, XIII, do Dec-lei 201/67). Com efeito, o que confere o sentido de ofensa a bem jurídico à importação ou exportação, à manutenção do sigilo médico, à uma venda qualquer ou à nomeação de um servidor pelo prefeito é, respectivamente, o caráter proibido da mercadoria importada ou exportada; a obrigatoriedade de notificação de um diagnóstico à Secretaria de Saúde; a desconformidade da mercadoria vendida com as prescrições legais sobre embalagem, composição, peso, etc.; e a ilegalidade da nomeação.

Nesses tipos de injusto penal, de desobediência ofensiva ao bem jurídico, as proibições ou mandamentos extralegais contrariados não estão incógnitos tal como na lei que lhes comina pena. Pois como elemento do tipo e conteúdo do dolo, a proibição ou ordem extrapenal desobedecida encontra-se plenamente definida por quantas sejam as normas complementares necessárias para lhe compor o sentido. Por isso, em vez de elementos em branco da lei, essas ordens ou proibições merecem ser designadas como elementos imperativos do tipo, que se destacam dos demais elementos normativos do tipo pelo sentido prescritivo que ostentam; pelo seu sentido de dever ser. Andou bem, portanto, o STF, no julgamento da ação penal n. 595, ao reconhecer que não tem dolo do crime previsto no art. 1º, XIII, do Dec-lei 201/67, o Prefeito que desconhece a ilegalidade da nomeação que promove, pois erra sobre elemento constitutivo do tipo, como precisamente concluiu a Min. Rosa Weber em seu voto (BRASIL, STF, 2015).

Pois bem, entre os crimes ambientais definidos por lei penal em branco, verifica-se outro de desobediência ofensiva ao equilíbrio de um ecossistema,⁶ além do crime de pesca proibida, previsto no art. 34 da Lei 9.605/98. Trata-se justamente do crime de descumprimento de dever de relevante interesse ambiental, previsto no art. 68 da Lei 9605/98. Esse dispositivo é um caso extremo de lei penal em branco, pelo qual a conduta incriminada é definida pura e simplesmente como a infração de um dever extrapenal absolutamente indeterminado e que pode ser inclusive estabelecido por fontes extralegais. Não se avaliará aqui a duvidosa constitucionalidade desse dispositivo.⁷ Mas certo é que essa disposição legal não aponta

⁶ Sobre o bem jurídico no direito penal ambiental, FIGUEIREDO, 2008.

⁷ Especificamente sobre a validade das leis penais em branco, ver MENDONÇA, 2016.

nenhuma característica da conduta típica ofensiva aos ecossistemas, para além do descumprimento de um dever extrapenal de relevante interesse ambiental.

Não há dúvidas, portanto, de que todo o conteúdo de injusto do fato punível segundo o art. 68 da Lei 9.605/98 decorre primordialmente da infração do dever “legal ou contratual” descumprido. E sendo assim, o descumprimento desse dever, devidamente definido como elemento imperativo, será o núcleo desse tipo de injusto ambiental.

5 Conclusões e solução dos casos apresentados

O caráter altamente normatizado do bem jurídico meio ambiente e a acessoriedade administrativa dos crimes ambientais fazem do erro sobre os elementos em branco das leis penais um tema determinante para a aplicabilidade e eficácia do direito penal ambiental. E o que se verifica é que, quanto mais ampla for a delegação da determinação do injusto penal ambiental a outras fontes normativas, maiores serão os requisitos do dolo correspondente.

Com efeito, erro sobre o dever extrapenal complementar da lei penal em branco que incrimina a causação de um dano ou a criação de um perigo concreto para um bem jurídico é mero erro de proibição. Mas os tipos de injusto de perigo abstrato definidos por lei penal em branco incluirão a contrariedade ao dever extrapenal como elemento constitutivo, quando não se puder vislumbrar desde a lei punitiva nenhuma outra qualidade da conduta incriminada indicativa da sua contrariedade ao bem jurídico, ou conotativa do seu sentido social. Pois quando todo o conteúdo de injusto do fato punível segundo uma lei penal em branco decorre da infração à norma complementar, o erro sobre a existência dessa norma é erro de tipo, prejudicial ao dolo nos termos do art. 20 do CP.

Estabelecidas essas premissas, pode-se afirmar que nos casos 02 e 03 da introdução, mesmo desconhecendo o dever extrapenal infringido, os agentes atuam com dolo, pois conhecem do fato as circunstâncias que determinam o seu sentido social. E sendo assim, o erro sobre a obrigatoriedade de tratar quimicamente efluentes da fábrica, ou de obter licença prévia ambiental para cortar um jatobá, são meros erros de proibição, que não repercutem sobre o injusto típico, mas exclusivamente sobre a culpabilidade, na forma do artigo 21 do CP

Já nos casos 01 e 04, o erro sobre o dever extrapenal infringido é erro de tipo, pois a proibição da pesca dos peixes transportados, no caso 01, assim como o compromisso de preservar determinada área de cerrado, no caso 02, são justamente as circunstâncias que conferem o sentido de um injusto penal às condutas de transportar peixes ou de ampliar o pasto de uma fazenda. A proibição de pescar e o dever de preservar a vegetação nativa da área de

reserva legal, portanto, são elementos constitutivos dos tipos dos arts. 34 e 68 da Lei 9605/98, de caráter imperativo, que não de ser alcançados pelo dolo.

Referências

ALMEIDA, André Vinícius de. *O erro de tipo no direito penal econômico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. *Tipo y error*. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Ação penal 595 Santa Catarina. Ministério Público Federal versus M.A.T. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, Acórdão de 25 de nov. 2014. Publicado no DJe n. 27 de 10 de fev 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 24 mai. 2016.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *El error sobre los elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley, 2008.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCrim, 2008.

FRISCH, Wolfgang. El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad. In: _____ et alii. *El error en el Derecho Penal*. 1 reimp., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 11-85.

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, vol. 14, n. 58, jan-fev 2006, p. 152-194.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Normas penais em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5. ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002.

KINDHÄUSER, Ürs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. In: _____. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: Ara, 2008.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco*. Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales. 2016. 223 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

MEZGER, Edmund. *Tratado de direito penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. II, 1957.

PALLAZZO, Francesco Carlo. *L'errore sulla legge extrapenale*. Milano: Giuffrè, 1974.

PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In: FRISCH, Wolfgang et alii. *El error en el Derecho Penal*. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 87-138.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general – fundamentos – la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, t. I, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Segunda Turma. Apelação Criminal 2000.61.12.004847-5. Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães. Acórdão de 19 de mai 2009. Publicado no e-DJF3 Judicial em 04 jun 2009. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em 13 jul 2016.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte general*. San José: Grijley, 2009.

_____. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 10, n. 37, jan/mar. 2002, p. 73-97.

TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VEGA, Dulce Maria Santana. *El concepto de ley penal en blanco*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 2000.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

WOHLERS, Wolfgang; HIRSCH, Andrew von. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñico Ortiz de Urbina. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285-339.