

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

Kátia Aparecida Ribeiro Leão Lara¹

**A NECESSIDADE DE UM DIREITO PENAL SECUNDÁRIO PARA
TUTELA DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS FRENTE À SOCIEDADE
DE RISCO:
a ameaça da atividade minerária para o desenvolvimento sustentável**

Belo Horizonte
2016

¹ Advogada, formada pela Universidade Metodista Izabela Hendrix, professora de Direito Penal e de Direito Processual Penal na Faculdade Pitágoras, especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes e Mestranda em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

Kátia Aparecida Ribeiro Leão Lara

**A NECESSIDADE DE UM DIREITO PENAL SECUNDÁRIO PARA
TUTELA DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS FRENTE À SOCIEDADE
DE RISCO:
a ameaça da atividade minerária para o desenvolvimento sustentável**

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

Orientador: Prof. Dr. André de Paiva Toledo

Belo Horizonte
2016

FICHA CATALOGRÁFICA

LARA, Kátia Aparecida Ribeiro Leão. *A necessidade de um direito penal secundário para tutela de bens jurídicos coletivos frente à sociedade de risco: a ameaça da atividade minerária para o desenvolvimento sustentável.* Local: Belo Horizonte. Minas Gerais – Brasil. 2016.

Número de Páginas: 102.

Dissertação apresentada à Escola Superior Dom Helder Câmara como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André de Paiva Toledo

Banca Examinadora: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Prof. Dr. Romeu Thomé, Prof. Dr. Guilherme Coelho Colen.

Palavras-chave: Princípios penais; direito penal; direito penal secundário; sociedade de risco; Mineração.

Bibliotecário responsável:

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Kátia Aparecida Ribeiro Leão Lara

**A NECESSIDADE DE UM DIREITO PENAL SECUNDÁRIO PARA
TUTELA DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS FRENTE À SOCIEDADE
DE RISCO:
a ameaça da atividade minerária para o desenvolvimento sustentável**

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

Aprovado em:

Orientador: Prof. Dr. André de Paiva Toledo

Professor Membro: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Professor Membro: Prof. Dr. Guilherme Colen

Professor Suplente: Prof. Dr. Romeu Thomé

Nota: _____

Belo Horizonte
2016

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento é destinado a Deus, que sempre me capacitou e esteve ao meu lado. Agradeço a Ele também pela linda família que me proporcionou e possibilitou que este sonho se tornasse realidade. Na verdade, essa conquista tornou-se possível apenas porque tenho um marido espetacular, que sempre me apoia e embarca nos meus sonhos, e duas filhas que são o motivo pelo qual sempre procuro ser uma pessoa melhor.

No entanto, nada disso seria possível se não fosse a base sólida com a qual fui criada, pois, com os ensinamentos dos meus pais e companhia das minhas irmãs, entendi que apenas com esforço, determinação e humildade consegue-se alcançar objetivos, mesmo que estes pareçam inacessíveis.

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor André de Paiva Toledo, que, com a sua capacidade e inteligência, muito contribuiu para a concretização deste trabalho.

Um agradecimento especial ao Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro que apresentou-me um novo direito penal e muito me auxiliou no desenvolvimento do trabalho. Agradeço também ao Professor Doutor Romeu Thomé, que com suas aulas e obras literárias, muito me ajudou na escolha do tema.

Além disso, agradeço muito aos amigos que conquistei durante o curso de mestrado, sem a ajuda deles, este caminho teria sido muito mais árduo.

RESUMO

No presente trabalho, objetiva-se demonstrar que o mundo vive em uma sociedade do risco na qual o desenvolvimento econômico-social, apesar de ter proporcionado aos indivíduos maiores possibilidades de crescimento, também trouxe efeitos colaterais negativos, como as arbitrariedades cometidas contra o meio ambiente. Nesse cenário, observou-se que se busca aplicar o Direito Penal como forma de punir condutas que causem macrolesões ou macrodanos sociais à coletividade. No entanto, as regras e os princípios atinentes ao Direito Penal clássico chocam-se com a nova realidade. Diferentemente do que ocorria no momento de desenvolvimento do Direito Penal tradicional, em que a preocupação se fundava no indivíduo, hoje, a grande meta mundial é prevenir comportamentos que causem danos supraindividuais, ou seja, danos que ultrapassem a esfera do indivíduo. Para a proteção dos bens jurídicos supraindividuais, como o meio ambiente, tenta-se utilizar o Direito Penal clássico como forma de inibir condutas lesivas. No entanto, alguns doutrinadores entendem que a aplicação do Direito Penal clássico aos novos riscos advindos da evolução social não se legitima, pois a visão do Direito Penal tradicional é, em seu maior âmbito, repressiva, ou seja, punem-se condutas que ofendam bens juridicamente protegidos. Contudo, quando se pensa em bens jurídicos supraindividuais, coletivos ou difusos, observa-se a necessidade de aplicação de uma tutela diferenciada, uma tutela preventiva, capaz de inibir condutas que causem danos na maioria das vezes irreversíveis. Dessa forma, o entendimento de alguns estudiosos sobre o assunto é de que deve haver uma expansão do Direito Penal, para abarcar os novos riscos. E, para isso, uma reformulação ou flexibilização da base principiológica da própria dogmática penal. Outra parte doutrinária critica a modernização penalista, por entender que a expansão do Direito Penal irá fragilizar a própria doutrina penal. Segundo esses estudiosos, a flexibilização dos princípios penais levaria à diminuição de garantias fundamentais necessárias à limitação do Estado frente ao indivíduo. Como estudo de caso utilizou-se o rompimento de duas barragens de minério no município de Mariana-MG, com intuito de discutir a necessidade de prevenção de danos ambientais a partir da utilização do Direito Penal secundário. Para os críticos da modernização do Direito Penal, a tutela a bens supraindividuais poderia ser conseguida utilizando-se outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo, já que este possui princípios adaptados à prevenção de condutas, no qual a supremacia do interesse público deve prevalecer sobre o direito privado. Os adeptos da expansão do Direito Penal como forma de proteção a bens jurídicos coletivos combatem essa tese com o argumento de que o Direito Administrativo não possui o mesmo poder de intimidação existente no Direito Penal. Dessa forma, o que se busca com o presente estudo é demonstrar se a modernização do Direito Penal é necessária à proteção de bens jurídicos supraindividuais e, se a resposta for positiva, qual ou quais as melhores formas em se realizar essa expansão. No decorrer do trabalho e para que se chegasse a uma possível conclusão, utilizou-se a base metodológica dialética.

Palavras-chave: Princípios penais; Direito Penal; Direito Penal secundário; Sociedade de risco; Mineração.

ABSTRACT

In this study, the objective is to demonstrate that the world has been living in a risk society in which the economic and social development, despite having provided to individuals greater opportunities for growth, also has brought negative side effects, such as the arbitrariness against the environment. In this scenario, it was observed that the application of the criminal laws has been sought as a way of punishing behaviours that cause greater wounds or social loss to the community. However, the rules and principles relating to the classic criminal law clash with the new reality. Unlike what used to occur at the time of development of the traditional criminal law, in which the concern was based on the individual rather than society as a whole, today the great global goal is to prevent behaviours that cause supra-individual damages, or damages beyond the one's reach. For the protection of supra-individual legal interests, such as the environment, it is preferred the use of the classic criminal law as a way of inhibiting harmful conducts. However, some academicians believe that the application of classic criminal law in new risks arising from social evolution is not legitimate, as the traditional criminal law at its peak is repressive; therefore it punishes the conducts that offend goods legally protected. However, when thinking about supra-individual, collective or diffuse legal interests, there is the need to apply a differentiated protection, a preventive kind of protection, able to inhibit behaviours that cause damage, most times irreversible. Thus, the understanding of some scholars on the subject is that there must be an expansion of criminal law to cover new risks. And for that, a reformulation or appeasement to the principled basis of the criminal dogmatic. Another academician part criticizes the criminal modernization, believing that the expansion of criminal law will undermine its own criminal doctrine. According to these academicians the appeasement of criminal principles would lead to decrease in necessary and fundamental guarantees for the State limitation before the individual. The rupture of two ore dams in Mariana, Minas Gerais was used as case study, in order to discuss the need for prevention of environmental damage from the use of secondary criminal law. For critics of criminal law modernization, safeguarding of supra-individual goods could be achieved by using other branches of law, such as administrative law, since it has principles adapted on conducts prevention, in which the supremacy of the public interest must prevail over private law. The supporters of criminal law expansion as a form of protection to collective legal interests fight over this thesis on the grounds that the administrative law does not have the same power of intimidation as those existing in Criminal Law. Thus, what is sought with this study is to demonstrate how necessary the modernization of criminal law is to protect the supra-individual legal interests and, if the answer is positive, what are the best manners to accomplish this expansion. So as to reach a possible conclusion throughout the study, a methodological dialectic basis was used.

Keywords: Criminal principles; Criminal law; Secondary criminal law; Risk society; Mining.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DIREITO PENAL CLÁSSICO	12
2.1 Princípios penais clássicos e a sua aplicabilidade no Direito Penal moderno.....	15
2.1.1 O princípio da legalidade aplicável aos novos riscos sociais	17
2.1.2 O princípio da proporcionalidade e a sua possível mitigação frente ao expansionismo penal	23
2.1.3 O princípio da intervenção penal mínima e a possível perda de garantias fundamentais com o movimento expansionista.....	27
2.1.4 A ofensividade como princípio (des)necessário à punibilidade penal na sociedade do risco	29
3 CRIMES DE PERIGO	34
3.2 Crimes de perigo abstrato	36
3.3 Os crimes de perigo abstrato e a necessidade de proteção aos bens supraindividuais ...	41
3.4 O princípio ambiental da precaução em cotejo com o princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato	46
4 O BEM JURÍDICO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO	52
4.1 A necessária reformulação do direito penal clássico em prol da proteção de novos riscos	59
5 DIREITO PENAL SECUNDÁRIO	64
5.1 Administrativização do Direito Penal	71
5.2 A expansão ou modernização do Direito Penal.....	76
6 REFLEXÕES SOBRE O DIREITO PENAL SECUNDÁRIO DIANTE DA ATIVIDADE DE MINERAÇÃO.....	85
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
REFERÊNCIAS	97

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretendeu-se demonstrar que, há algum tempo, o mundo se depara com problemas complexos advindos de uma sociedade do risco. Nesse novo tipo de sociedade, observou-se que, em prol de um desenvolvimento econômico-social, muitas vezes, há produção de danos coletivos ou difusos com consequências quase sempre desastrosas.

A partir do século XVIII, após a transformação do liberalismo em Estado Social, o Estado passou a perceber que questões referentes a direitos sociais eram tão importantes como liberdades individuais, havendo, portanto, necessidade de tutela a tais direitos. Com o advento do Estado Democrático de Direito, ficou claro que, além de proteção aos direitos individuais e sociais, o Estado deveria se ocupar também de direitos referentes à coletividade, ou seja, surgia, a partir daí, o princípio da solidariedade ou fraternidade, o qual compreende bens pertencentes a toda coletividade. Esses são os chamados bens difusos ou coletivos, ou seja, bens pertencentes a pessoas indeterminadas ou indetermináveis.

O meio ambiente inclui-se no rol de direitos difusos ou coletivos e é considerado um verdadeiro direito fundamental do indivíduo, havendo assento constitucional no qual se prevê a necessidade em se preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

O presente estudo pretende demonstrar que a sociedade se apresenta fragilizada pelo excesso de consumo, pelo capitalismo e, principalmente, pelo uso arbitrário dos bens ambientais. Vivemos em uma sociedade do risco, uma sociedade que aceita a exploração ambiental até a sua quase exaustão.

As lesões a bens jurídicos ambientais são entendidas como lesões transindividuais ou macrolesões, pois atingem uma grande quantidade de indivíduos e suas consequências por vezes são irreparáveis ou de difícil reparação.

Por esse motivo, observou-se a necessidade em se adequar os institutos jurídicos brasileiros à proteção de tais bens. Contudo, notou-se que, apesar da existência de institutos protegidos, alguns deles se mostram frágeis, já que há dúvidas sobre sua constitucionalidade. Sendo este o caso do Direito Penal, analisando-o, percebeu-se que este se mostra apto a tutelar infrações individualmente consideradas, já que toda a sua dogmática se volta à repressão de condutas.

Contudo, quanto à tutela de bens supraindividuais, o Direito Penal clássico apresenta-se com problemas de legitimação, pois na forma em que a sociedade se encontra, muitas vezes não basta punir infrações penais. Às vezes é mais eficaz prevenir tais condutas,

evitando-se ou minimizando-se os danos, que, de acordo com o que já foi dito, podem ser irreversíveis e atingir uma quantidade imensurável de indivíduos.

O Direito Penal possui institutos aptos a prevenir as lesões acima expostas, como os crimes de perigo abstrato, nos quais a análise da ofensividade da ação se dá antes mesmo da produção de um resultado naturalístico. O próprio legislador estabelece quais sri os delitos em que o perigo jaié presumido, punindo-se a simples conduta.

Analisando-se os crimes de perigo abstrato, observou-se que esse instituto encontra-se presente nos crimes ambientais, já que o legislador buscou prevenir aquelas condutas, evitando-se que um perigo presumido pudesse vir a ser um dano real ao meio ambiente.

No entanto, punir uma conduta independentemente do resultado, com uma mera análise *ex ante* do perigo, segundo alguns autores, fere a doutrina penal, já que há violação de alguns princípios constitucionalmente previstos, como o princípio da legalidade, da proporcionalidade, da intervenção penal mínima e, principalmente, o princípio da ofensividade.

De acordo com alguns estudiosos do tema, o legislador edita vários tipos de crimes de perigo abstrato com o simples intuito de responder aos anseios da sociedade, que reclama por maior segurança frente aos riscos que a atingem. Contudo, trata-se de um Direito Penal simbólico, pois existe apenas para demonstrar à população que o Direito Penal está atuando para evitar perigo a bens coletivos, tranquilizando-a, mas a sua eficácia frente a esses novos riscos é questionável.

Outros doutrinadores entendem que o Direito Penal é necessário e eficaz para evitar ou diminuir os enormes perigos advindos da nova sociedade. No entanto, entendem que deve haver um Direito Penal secundário, autônomo, diferente do clássico. Uma nova doutrina que possa ser capaz de flexibilizar alguns princípios penais, legitimando-os para serem utilizados na prevenção de macrodanos.

Observou-se que, ao se optar pela utilização do Direito Penal para solucionar os novos problemas, a relativização de alguns institutos torna-se necessária, principalmente o princípio da ofensividade. No entanto, ao flexibilizar a base de um ramo jurídico, que são seus princípios, arrisca-se a fragilizar toda sua dogmática.

Ao aprofundar o estudo, observou-se, porém, que existem outras formas de proteger o bem coletivo. Para isso, podem-se utilizar os demais ramos do Direito, como o Direito Administrativo.

A vantagem de utilizar o Direito Administrativo é que não há necessidade de uma ruptura principiológica. No entanto, o problema que se apresenta com a não utilização do

Direito Penal para se punir danos supraindividuais reside no fato de que os demais ramos jurídicos não apresentam a mesma força coercitiva.

Com isso, o que se pretende com o presente trabalho é verificar se o Direito Penal é o ramo do Direito mais eficiente para proteção de direitos coletivos e, se a conclusão for positiva, verificar, ainda, se há necessidade em se reformular o Direito Penal ou se há outros ramos do Direito com força suficiente para prevenir danos coletivos em que não haja necessidade de flexibilizar ou desnaturar os princípios a ele inerentes.

Após a análise teórica a respeito da utilização de institutos para prevenir grandes danos sociais, apontou-se como estudo de caso o rompimento de duas barragens de minério no município de Mariana-MG como estudo prático a partir do desenvolvimento teórico, a fim de reafirmar ou refutar a necessidade de expansão do Direito Penal.

Para o desenvolvimento do presente estudo, utilizaram-se como marco teórico as ideias de Ulrich Beck, filósofo mentor da teoria da sociedade do risco. O autor demonstra em sua obra os aspectos positivos e negativos da sociedade em que vivemos.

Como recurso metodológico, utilizou-se o método dialético, o qual se baseia na procura de soluções para a resolução de problemas sociais. De acordo com Ada Magaly Brasileiro (BRASILEIRO, 2013, p.42) esse método consiste na exploração de argumentos e permite que entendimentos contrários possam conviver sem que um anule o outro, e por esse motivo é muito utilizado na argumentação jurídica.

Na elaboração do trabalho, percebeu-se que, apesar da discussão a respeito da necessidade de flexibilização de alguns princípios do Direito Penal para a sua modernização ou expansão, o Direito Penal clássico não será anulado, continuará tutelando bens jurídicos individuais.

2 DIREITO PENAL CLÁSSICO

De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 3), o Direito Penal corresponde a um setor do ordenamento jur dos Santos (2010, p. 3), o Direitécime, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores de tais infrações.

O crime, para Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 123-124), pode ser entendido em vários âmbitos, em seus conceitos material, formal e analítico. Sua vertente material diz respeito à conduta que ofende um bem jurídico e, portanto, merece ser sancionada. Por conceito formal, o Direito Penal pode ser definido como conduta proibida na visão legislativa, ou seja, trata-se do conceito material devidamente formalizado por meio do tipo penal. Ha que se falar, ainda, em conceito analítico, pois o conceito formal de crime é fragmentado, dividido em três elementos: conduta típica, ilícita e culpável (NUCCI, 2016, p. 123-124).

O Direito Penal biparte-se em duas vertentes, Direito Penal Objetivo e Direito Penal Subjetivo, sua vertente objetiva diz respeito ao conjunto de normas jurídicas vigentes, mantidas pelo Estado. Segundo Carlos María Landecho Velasco e Concepción Molina Blázquez (2015, p. 55), o Direito Penal Objetivo pode ser definido como o conjunto de normas estatais relativas ao delito e suas consequências jurídicas. Definindo-se como o conjunto de normas estatais e suas consequências (VELASCO; BLÁZQUEZ, 2015, p. 55). Segundo o entendimento dos autores acima citados, o Direito Penal Objetivo pode ser entendido como Direito Penal comum e Direito Penal especial. O Direito Penal comum seria aquele regido pelo Código Penal e o Direito Penal especial seria o conjunto de leis penais especiais regido pela legislação extravagante.

Para María Landecho Velasco e Concepción Molina Blázquez (2015, p.57), o Direito Penal subjetivo preocupa-se em explicar que o *jus puniendi* ou direito de punir, pertence ao Estado, portanto cabe a ele estabelecer as normas penais e aplicá-las (VELASCO; BLÁZQUEZ, 2015, p. 57 - 58).

Os autores aduzem, ainda, que as leis penais especiais dividem-se em próprias e impróprias. Serão próprias quando sua finalidade conduz-se a criar tipos penais comuns e impróprias quando têm por escopo finalidades diversas, extravagantes (VELASCO; BLÁZQUEZ; 2015, p. 56). O Brasil não utiliza essa distinção. No entanto, no atual contexto social, percebe-se que o Direito Penal tradicional ou clássico não consegue explicar e solucionar de forma eficaz alguns problemas, como os crimes cometidos contra bens difusos e coletivos.

Nesse âmbito, o Direito Penal espanhol encontra-se à frente do Direito Penal brasileiro, pois já se fala de um Direito Penal de exceção contido no Direito Penal objetivo. À primeira vista poder-se-ia pensar que esse Direito Penal de exceção poder-se-ia p excepcionar garantias individuais fundamentais. Contudo, na verdade sua função é reger situação de anormalidade na qual há produção significativa dos pressupostos penais. De acordo com Carlos Molina Landecho Velasco e Concepción Molina Blázquez,

El Derecho Penal normal es el que se aplica para regir una situación de normalidad en la vida ciudadana. Por el contrario, el Derecho Penal de excepción es el emanado, cuando se produce una alteración profunda de esos presupuestos, como guerras o intensas conmociones sociales, catástrofes naturales, etc.² (VELASCO; BLÁZQUEZ, 2015, p. 57)

No ordenamento jurídico brasileiro, parte da doutrina entende haver um Direito Penal moderno ou Direito Penal de expansão, por acreditar na existência de novos objetos merecedores de tutela penal que não se coadunam com os bens jurídicos protegidos de forma individual.

Esse entendimento se diferencia do Direito Penal clássico por desviar-se de certos princípios que regulam o Direito Penal liberal, como o princípio da ofensividade.

Contudo, trata-se de entendimento doutrinário. Formalmente, o Direito Penal brasileiro não possui a divisão sugerida e apresenta-se apenas na forma tradicional, com sua dogmática voltada principalmente ao delinquente individual, pois segundo Cezar Roberto Bitencourt, “ o Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações desde com a mesma sociedade” (BITENCOURT, 2012, p.35).

Os juristas que objetivam a expansão do Direito Penal entendem que bens jurídicos transindividuais, como o Direito Ambiental, carecem de proteção diferenciada, dando-se ênfase a um Direito Penal preventivo, mesmo que, para isso, haja remodelagem do Direito Penal clássico com relativização dos princípios penais tradicionais.

No entanto, mesmo a doutrina expansionista não é unânime, pois existem vários críticos a essa modernidade, entendendo que, na verdade, a relativização dos princípios penais poderia levar a um retrocesso jurídico. Segundo eles, deve, portanto, haver alguma forma de

² O Direito Penal normal existe para reger uma situação de normalidade na vida dos cidadãos. Ao contrário o Direito Penal de exceção é utilizado quando se produz uma alteração profunda de casos como guerras intensas, comoções sociais, catástrofes naturais etc. (Tradução nossa)

modernizar o Direito Penal sem fragilizar suas garantias e o próprio Estado democrático de direito (MARTÍN, 2005, p. 103).

De acordo com a crítica, haverá, inclusive, uma ruptura com o sistema garantista, já que, para a sua aplicação, há a relativização de alguns princípios constitucionais.

Luis Gracia Martín trouxe a visão crítica de alguns doutrinadores à modernização do Direito Penal, como mostra o seguinte trecho de sua obra:

Para o setor crítico da doutrina, o Direito Penal atual seria realmente moderno porque, a meu ver, o mesmo se desviaria de modo relevante de certos princípios fundamentais do Direito Penal liberal, e porque, por isso mesmo representaria uma ruptura substancial com este último. (MARTÍN, 2005, p. 91)

E continua o autor:

A tese crítica poderia ser resumida no seguinte enunciado: o Direito Penal atual possui um caráter antigarantista; pois aquilo que realmente o torna moderno é justamente sua ruptura com as garantias penais do modelo liberal. (MARTÍN, 2005, p. 91)

Há, ainda, quem entenda ser o Direito Administrativo a forma mais eficaz de tutelar os novos bens jurídicos advindos da evolução tecnológica científica e social. Não havendo necessidade, portanto, de enfraquecimento dos direitos e garantias fundamentais dos princípios penais constitucionais.

As palavras de Américo Braga Júnior podem balizar o que foi dito acima: "A intervenção do Direito Administrativo é pautada por uma atuação a priori, ou seja, antes da efetivação do dano a um interesse individual ou social relevante. O Estado intervém, buscando evitar que o mal maior aconteça" (JÚNIOR, 2015, p. 164).

Continua o autor: "O Direito Administrativo é orientado pelo princípio da prevenção, não valendo-se da restrição da liberdade como como resposta estatal, o que legitimaria a mitigação ou flexibilização de alguns direitos fundamentais individuais" (JÚNIOR, 2015, p. 164).

Vê-se, portanto, que, no entendimento de alguns doutrinadores, o Direito Penal deve continuar protegendo bens individuais. Isso quer dizer que o Direito Penal, na visão de tais autores, deveria manter seu âmbito repressivo, e deixar a prevenção para outros ramos do Direito.

Contudo, pretende-se explicar de maneira mais pormenorizada a diferença entre Direito Penal clássico e Direito Penal tradicional no decorrer deste trabalho.

Por ora, deve-se ressaltar que o poder punitivo do Estado não é absoluto e ilimitado. É notório que, para aplicação do Direito Penal, os operadores do Direito devem respeitar, ainda que de forma mitigada, os princípios estabelecidos na Constituição Federal, mesmo que implícitos.

Passa-se, portanto, à análise de alguns princípios penais constitucionais e à discussão da aplicabilidade desses princípios aos delitos coletivos, em especial aos crimes ambientais, que são objeto deste estudo.

2.1 Princípios penais clássicos e a sua aplicabilidade no Direito Penal moderno

Antes de adentrar no tema dos princípios do Direito Penal propriamente ditos, torna-se necessária uma rápida distinção entre regras e princípios, já que a base principiológica do Direito Penal pode se mostrar como ponto forte contra a sua expansão ou modernização.

De acordo com Robert Alexy (2006, p. 87), regras e princípios são espécies do gênero norma, pois ambas são formuladas por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ou seja, a aplicação de regras e princípios é necessária para que se consiga chegar às normas que permitem ou proíbem condutas (ALEXY, 2006, p. 87).

Para Robert Alexy, o critério de diferenciação entre normas e princípios mais utilizado é o da generalidade; quer se dizer com isso que os princípios são normas com um grau de generalidade alto, enquanto as regras possuem um grau de generalidade baixo (ALEXY, 2006, p. 89).

Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 205), Canotilho, buscando o entendimento de vários autores, como Larenz, Esser, Borowsky, Alexy e Dworkin, realiza uma importante síntese na diferenciação entre regras e princípios, são eles: a) Grau de abstração: os princípios possuem um grau de abstração elevado e as regras, um grau de abstração reduzido; b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: como os princípios possuem uma grande vagueza e indeterminabilidade, necessitam de mediações realizadas pelo legislador e pelo juiz, ao passo que as regras podem ser aplicadas diretamente; c) Caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes do Direito: Os princípios mostram-se como normas de natureza estruturante, ou seja, possuem um papel importante no ordenamento jurídico, já que os princípios constitucionais possuem uma posição hierárquica no sistema jurídico; d) Proximidade da ideia de Direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes necessários à exigência de justiça, enquanto as regras podem ser vinculativas com conteúdo meramente funcional; e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de

regras, isto é, são normas que se encontram na base da formulação das regras jurídicas e, por esse motivo, desempenhariam um papel importante de função normogénica fundamentante (FERNANDES, 2011, p. 205-206).

Robert Alexy explica, ainda, como resolver o problema da colisão entre princípios e o conflito entre regras. Para o autor supracitado, quando existem duas regras incompatíveis entre si, o conflito será resolvido pela invalidação de uma dessas regras ou quando houver alguma cláusula de exceção que permita a manutenção das duas.

O autor cita como exemplo de uma cláusula de exceção a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e a obrigação de sair se soar o alarme de incêndio, mesmo se o sinal ainda não tiver tocado. Portanto, esse conflito, segundo ele, deve ser resolvido pela inclusão de uma cláusula de exceção na primeira regra (ALEXY, 2006, p. 92).

Se não for possível a manutenção das duas regras pelo sistema de cláusula de exceção, uma delas será declarada inválida e extirpada do mundo jurídico.

Quanto aos princípios, se houver incompatibilidade, fala-se, segundo Robert Alexy, em colisão entre princípios e a solução será totalmente diferente daquela explicitada acima. Se dois princípios se colidem, não haverá invalidação de um deles, mas, sim, o soterramento, isto é, será utilizada a ponderação no caso concreto para identificar qual é o princípio que melhor se adapta ao caso concreto (ALEXY, 2006, p. 94).

Os princípios, portanto, juntamente com as regras, são institutos fundamentais para que se consiga uma pacificação social e também para limitar o âmbito de atuação estatal, principalmente no Direito Penal.

De acordo com Luiz Regis Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial que o Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade – norteadas por princípios penais fundamentais” (PRADO, 2014, p. 68).

Os princípios reitores do Direito Penal clássico encontram-se, em sua maioria, no texto constitucional de maneira implícita ou explícita, constituindo-se, assim, em um núcleo de observância obrigatória ao legislador e ao operador do Direito, servindo de limite e fundamento à aplicação do Direito Penal.

Razão assiste a Luiz Regis Prado (2014, p. 70) quando aduz que os princípios constitucionais possuem aplicação direta e imediata, apresentando-se como vigas mestras do ordenamento jurídico.

Após essa breve digressão sobre a distinção entre regras e princípios e a importância destes em um ordenamento jurídico, passa-se à análise de alguns princípios constitucionais

penais que devem ser observados ao tentar-se expandir ou modernizar o Direito Penal clássico.

2.1.1 O princípio da legalidade aplicável aos novos riscos sociais

De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 20), as Constituições dos Estados americanos de Virgínia e de Maryland em 1776 foram as responsáveis pela primeira instituição do princípio da legalidade que, depois, foi repetido na Constituição americana de 1787 e, posteriormente, passou a ser parte fundamental da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

Segundo o autor, a partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade mostrou-se como pedra angular do Estado de Direito com escopo na segurança jurídica e na garantia individual, fundamentando-se, principalmente, na garantia da liberdade do cidadão frente às arbitrariedades cometidas pelo Estado (PRADO, 2014, p. 71).

Seguindo as palavras de Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Nuñez Paz, Willian Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito,

O estabelecimento de limites ao Estado foi uma das maiores conquistas do Iluminismo que oportunamente encontrou reflexo na Declaração universal de Direitos do Homem e do cidadão de 1789, em seu art. 8º: A lei somente deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada com anterioridade ao delito e aplicada legalmente. (OLIVÉ *et al apud* PRADO, 2014, p. 79)

No entendimento de Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 20), a primeira legislação penal a incorporar o princípio da legalidade foi o Código da Bavária em 1813, posteriormente a Prússia em 1851 e a Alemanha em 1871. Após isso, tornou-se presente em todas as legislações penais ocidentais sob a formula latina *nullun crime, nula pena sine lege*, criada por Feuerbach no começo do século XIX.

Nas palavras de Carlos María Velasco e Concepción Molina Blázquez (2015, p. 131), o princípio da legalidade significa que a única fonte criadora do Direito Penal é a Lei.

De acordo com Luiz Regis Prado (2014, p. 72), no Brasil, o princípio da legalidade pôde ser visto na Constituição política do Império de 1824, art. 179, IX, no Código Criminal de 1830 (art. 1º), no Código Penal de 1890 (art 1º) e no Código Penal de 1940 (art. 1º), no qual se lê:

Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1940)

Como pode ser observado também no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988.

Francisco de Assis Toledo (2007, p. 21) preceitua que, de acordo com o princípio da legalidade, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada se antes do fato não houver uma lei que tipifique a conduta e determine a sua respectiva pena, constituindo-se, assim, em uma verdadeira limitação ao poder do Estado.

Segundo Luiz Regis Prado, “atualmente, seu fundamento (fundamento do princípio da legalidade) radica na proteção dos valores de segurança jurídica, liberdade e igualdade, por meio da vinculação dos Poderes Públicos à lei precisa e concreta” (PRADO, 2014, p. 71).

Conforme Heron José de Santana,

o princípio da legalidade norteia todo o sistema jurídico penal moderno, atuando como limite ao poder estatal, impedindo-o de aplicar sanções penais de uma forma arbitrária, tal como ocorria nas sociedades primitivas, mas também na antiguidade e na Idade Média. (SANTANA, 2009, p. 64)

O princípio da legalidade apresenta-se como princípio básico de um Estado Democrático de Direito e, por esse motivo, encontra-se previsto no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, como pode ser observado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. (BRASIL, 1988)

O princípio da legalidade ou a expressão latina *nullun crime, nula pena sine lege* possui alguns desdobramentos, sendo eles *nullun crimen, nula pena sine lege scripta; nullun crimen, nula pena sine lege stricta; nullum crime, nula pena sente lege certa*.

a) *Nullun crime, nula pena sine lege*: Francisco de Assis Toledo (2007, p. 21) ensina que a lei deve anteceder o fato criminoso e apenas a lei em sentido estrito pode incriminar condutas.

Durante algum tempo, discutia-se se Medidas Provisórias poderiam criar tipos incriminadores. A discussão existia porque parte da doutrina insistia em dizer que não havia motivos para proibir a edição de tipos penais incriminadores por meio de medidas provisórias,

visto que estas possuem força de lei. Outra parte da doutrina entendia ser impossível a criminalização de condutas por meio de medidas provisórias, já que seria necessária Lei formal, advinda do Poder Legislativo, para se falar legitimamente em criminalização de condutas.

No entanto, com a edição da Emenda Constitucional nº. 32/01, que, ao acrescentar o § 1º ao artigo 62 da Constituição Federal, pacificou-se o entendimento de que apenas a Lei em sentido estrito poderia determinar tipos penais incriminadores, como pode ser observado:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

I – relativa a: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

[...]

b) Direito Penal, processual penal e processual civil; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) [...] (BRASIL, 1988)

b) *lex scripta*: o princípio da legalidade proíbe que o costume crie tipos penais, apenas a Lei escrita poderá fazê-lo.

No entanto, Francisco de Assis Toledo (2007, p. 25) adverte que não se deve entender que o Direito Consuetudinário esteja absolutamente abolido do âmbito penal, pois os costumes têm grande importância na interpretação dos tipos penais. O autor defende, ainda, que o costume também pode atuar como causa de exclusão da ilicitude em seu âmbito supralegal e, nesse caso, não haverá violação ao princípio da legalidade, pois não há prejudicialidade ao réu.

De outro prisma, não se pode falar em revogação de norma penal se a autoridade se omite na repressão daquele delito. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Ementa: PENAL. RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE MÁQUINAS "CAÇA-NÍQUEIS". MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO. REEXAME NECESSÁRIO. CONFIRMAÇÃO. ART. 50 DA LCP . VIGÊNCIA. COSTUME. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NO DIREITO PENAL. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LIBERDADE. NÃO-FUNDAMENTAÇÃO PARA CONDUTAS ILÍCITAS. RECURSOS PROVIDOS. 1. O ordenamento jurídico penal brasileiro não permite revogação de lei pelo costume. 2. "Evidencia-se o risco de grave lesão à ordem social e à ordem jurídica conquanto a exploração de jogo de azar mediante máquinas de caça-níqueis, definida no art. 50 da Lei de Contravenções Penais já foi reconhecida como atividade ilícita por inúmeras decisões desta Corte, dentre as quais destaca-se o REsp 474.365/SP , Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 5/8/03; ROMS 15.593/MG, Primeira Turma, DJ 2/6/03 e ROMS 13.965/MG , Primeira Turma, DJ 9/9/02, ambos da relatoria do

Min. JOSÉ DELGADO". 3.(AgRg no AgRg na STA 69/ES , Rel. Min. EDSON VIDIGAL, Corte Especial, DJ 6/12/04) Os direitos fundamentais da isonomia e da liberdade consagrados na Constituição Federal não podem servir de esteio às condutas ilícitas, não importando a condição social do agente infrator. 4. Recursos providos para reformar o acórdão e cassar a segurança anteriormente concedida. (STJ. REsp 745954 RS 2005/0070033-3. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Data de Julgamento: 18.8.2009. DJe 14.9.2009)

Apesar do posicionamento da jurisprudência acerca da impossibilidade de revogação de normas de Direito Penal pelo costume, Francisco de Assis Toledo (2007, p. 25) entende que, se o costume beneficia o indivíduo, deve ele ser considerado como fonte do Direito Penal.

O entendimento de Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 23) coaduna com o exposto acima, pois, segundo ele, se o costume for utilizado *in bona partem*, para excluir, reduzir ou até descriminalizar o fato, poderá ser aceito. O princípio constitucional da presunção de inocência pode ser utilizado como fundamentação à tese de Juarez Cirino dos Santos, já que dele decorre o princípio do *in dubio pro reo*. Portanto, se existe um costume arraigado na sociedade, este pode descriminalizar condutas, no entendimento do autor acima destacado, assim como se utiliza a analogia e a retroatividade penal para favorecer o réu.

Como exemplo de possibilidade de descriminalização de condutas por meio do costume, Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 23) cita “que a existência generalizada de motéis aboliu na prática - hoje também na lei - o crime de casa de prostituição.”

No entanto, há de se ressaltar que o entendimento dos tribunais superiores é de que a manutenção de casas de prostituição continua sendo crime, não tendo havido a revogação do tipo penal entendido por Juarez Cirino dos Santos (2010), visto que nem costume e nem adequação social possuem legitimidade para revogar tipos penais, o que só pode ser feito por meio de lei em “sentido estrito” . É o que se observa no seguinte acórdão do STJ:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.435.872 - MG (20140037331-9)
 RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
 R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
 RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE
 MINAS GERAIS
 RECORRIDO : H E D O N
 ADVOGADO : LORRAN MICHEL LIMA GUIMARÃES E OUTRO (S)
 EMENTA
 RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA.

1. O princípio da adequação social é um vetor geral de hermenêutica segundo o qual, dada a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, se o tipo é um modelo de conduta proibida, não se pode reputar como criminoso um comportamento socialmente aceito e tolerado pela sociedade, ainda que formalmente subsumido a um tipo incriminador.

2. A aplicação deste princípio no exame da tipicidade deve ser realizada em caráter excepcional, porquanto ao legislador cabe precipuamente eleger aquelas condutas que serão descriminalizadas.

3. A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter casa de prostituição, delito que, mesmo após as recentes alterações legislativas promovidas pela Lei n. 12.015/2009, continuou a ser tipificada no artigo 229 do Código Penal.

4. De mais a mais, a manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual de outrem vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo incabível a conclusão de que é um comportamento considerado correto por toda a sociedade.

5. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, apenas em relação ao crime previsto no artigo 229 do Código Penal. (STJ. REsp 1.435.872. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Julgado: 3.6.2014)

c) *Lex stricta*: de acordo com esse corolário do princípio da legalidade, não é possível a utilização da analogia para determinar crimes ou agravar penas, ou seja, a analogia *in malam partem* é proibida. A analogia é aplicada como uma forma de supressão de lacunas, aplicando-se legislação semelhante a fatos não previstos em lei.

Nos dizeres de Francisco de Assis Toledo (2007, p. 25), a exigência de lei anterior e estrita impede que, no Direito Penal, seja aplicada a analogia em prejuízo do réu, ou seja, *in malam partem*. No entanto, não há nenhum problema em se utilizar dessa analogia para beneficiar o réu, ou seja, a analogia *in bonam partem* é totalmente aceita.

d) *lex certa*: a lei penal deve ser clara, não deve deixar margem a nenhum tipo de dúvidas.

Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 24) entende que a proteção dada ao cidadão contra arbitrariedades exclui as leis penais indefinidas e obscuras. Daí advém o princípio da taxatividade indissociável ao princípio da legalidade. Se o indivíduo não conhece com clareza as normas penais, se estas são vagas, haverá o rompimento da constitucionalidade da lei penal.

Como defende Beccaria:

Se a interpretação das leis é um mal, claro que a obscuridade que a interpretação necessariamente acarreta também é um mal, e este mal será grandíssimo se as leis forem escritas em língua estranha ao povo, que o ponha na dependência de uns poucos sem que possa julgar por si mesmo qual seria o êxito de sua liberdade ou de seus membros, em língua que transformasse um livro solene e público em outro como que privado de casa. (BECCARIA, 2013, p. 40)

Portanto, percebe-se que a clareza e taxatividade das normas penais são essenciais à liberdade dos indivíduos. Dessa forma, não há dúvidas de que o princípio da legalidade deve ser observado na edição de tipos penais incriminadores. A dúvida que existe é se esse

princípio é observado em todos os seus aspectos quando precisa se expandir para proteger interesses supraindividuais, especificamente os crimes ambientais.

Essa indagação é aceitável no sentido de que o Direito Penal clássico se encontra perfeitamente delimitado pelo princípio da legalidade. Não se pode aceitar a vagueza e incerteza trazidas pela necessidade em se prevenir condutas potencialmente lesivas antes mesmo da ocorrência de qualquer resultado por meio de institutos como os crimes de perigo abstrato, o quais serão detalhados à frente.

Tais crimes de perigo abstrato, no entendimento de alguns autores, carecem de limites, pois, segundo eles, não se pode criminalizar uma conduta penal por ela ensejar um possível risco a bens jurídicos.

Para estes doutrinadores, essa imprecisão viola o princípio da legalidade, já que qualquer conduta poderia ser considerada crime a depender do entendimento do que seja risco à coletividade.

Luis Gracia Martín, citando alguns críticos ao Direito Penal moderno e à possível violação ao princípio da legalidade, assim aduz:

O tipo de perigo abstrato será então um tipo carente de limites, pois nele poderá ser incluída qualquer conduta, bastando que apresente elementos de contrariedade ao vago e aberto conceito de segurança ou interesse geral de proteção de bens jurídicos. Por isso os tipos de perigo abstrato entram em conflito também com o princípio da legalidade. (MARTÍN, 2005, p. 98)

Com esse entendimento, percebe-se que, para alguns doutrinadores, a expansão do Direito Penal poderia violar o princípio da legalidade, caso fossem utilizados para essa modernização institutos imprecisos, como crimes de perigo abstrato ou lei penal em branco³. Não se pode aceitar, portanto, que a simples ocorrência da conduta seja apta a punir um fato independentemente da existência de um resultado lesivo.

³ As leis penais em branco são tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de determinação por outro ato legislativo ou administrativo - por exemplo, a identificação das doenças de notificação compulsória (artigo 269, Código Penal). (SANTOS, 2010, p.50)

2.1.2 O princípio da proporcionalidade e a sua possível mitigação frente ao expansionismo penal

Luigi Ferrajoli (2014, p. 366) ensina que o princípio da proporcionalidade é um corolário dos princípios da legalidade e retributividade, tendo nestes sua fundamentação lógica e axiológica. Segundo o autor, apesar de o princípio da proporcionalidade já existir desde a antiguidade, só ganhou espaço na época do Iluminismo, momento em que vêm a lume os princípios da legalidade, da certeza e da igualdade e a necessidade de mensuração da quantidade de penas aplicadas (FERRAJOLI, 2014, p. 366).

Michel Foucault, citando o protesto contra os suplícios da segunda metade do século XVIII, defende que “as penas sejam moderadas e proporcionais aos delitos, que a morte só seja imputada contra os culpados assassinos, e sejam abolidos os suplícios que revoltem a humanidade” (FOUCAULT, 2014, p. 73).

Observa-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade há muito tempo é utilizado para limitar o poder do Estado e evitar arbitrariedades deste.

Para se chegar à conclusão de que uma ação deve ou não pertencer ao rol de condutas proibidas pelo Estado e, portanto, sujeitas à sanção, o legislador deve fazer uma ponderação de valores, utilizando-se, para isso, o princípio da proporcionalidade, como indica D'Ávila:

Toda previsão legislativa de um tipo penal incriminado, é resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade (liberdade versus patrimônio, versus integridade física, versus honra etc), mesmo que se trate de uma liberdade meramente potencial, como ocorre na restrição da liberdade em prol da tutela da vida, nos crimes contra a vida. (D'ÁVILA, 2006, p. 86)

Beccaria (2013, p. 32), citando Montesquieu, aduz que toda pena deve advir da sua absoluta necessidade, caso contrário pode-se considerar que, na verdade, houve um ato de tirania.

Todo ato de autoridade de homem para homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, então, sobre o que se funda o direito do soberano de punir delitos: sobre a necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares. Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior liberdade que o soberano dá aos súditos. (BECCARIA, 2013, p. 33)

O princípio analisado exige que se observe uma proporcionalidade ou razoabilidade entre a gravidade do delito cometido e a sanção efetivamente aplicada. O legislador, ao elaborar uma norma penal para proteção de determinado bem jurídico, deve ter em mente a necessária compatibilização entre os meios empregados na elaboração do tipo penal e a finalidade desejada.

Nos dizeres de Juan Carlos, Miguel Ángel, Willian Terra e Alexis Couto (2011, p. 91), o princípio da proporcionalidade deve sempre ser levado em consideração para se evitar excesso ou abusos por parte do Estado. Os autores acreditam que não existirá proporcionalidade se entre a pena e o ataque sofrido não houver razoabilidade (CARLOS *et al apud* OLIVÉ, 2011, p. 91).

De acordo com os autores acima citados, não se pode falar em proporcionalidade também em casos de delitos insignificantes⁴, pois deve haver um equilíbrio que se concentra em três princípios subordinados, já que a gravidade do delito seria determinada pelos princípios da lesividade, intervenção mínima e *ultima ratio*⁵ (OLIVÉ, 2011, p. 92).

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 28), o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido pela teoria constitucional alemã, com a denominação de *Verhältnismassigkeitgrundsatz*⁶. Segundo o autor, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado com base no trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Inicialmente, deve-se analisar se há adequação naquela medida, ou seja, para proteger o bem jurídico, a pena criminal é um meio adequado? Se for adequado, é necessário ou existe outra forma de solucionar a celeuma? Se for adequado e necessário, é proporcional à natureza e extensão do dano produzido?

Nas palavras de Luiz Regis Prado,

Considerando-se as três vertentes ou subprincípios da proporcionalidade lato sensu (adequação ou idoneidade; necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em

⁴ A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, que Klaus Tiedmann chamou de *princípio da bagatela*, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. (BITENCOURT, 2012, p.58)

⁵ O princípio da intervenção penal mínima também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminado do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. (BITENCOURT, 2012, p.52)

⁶ Princípio da proporcionalidade.

sentido estrito), pode-se afirmar que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa menor prejuízo entre as providencias possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superem as desvantagens. (PRADO, 2014, p. 90)

No âmbito do Poder Legislativo, ressalta-se que o princípio da proporcionalidade deve ser útil e necessário para adequar a reprovabilidade da conduta do indivíduo à norma coercitiva.

Beccaria, com seu clássico **Dos delitos e das penas**, assim explicou o princípio da proporcionalidade:

Se o prazer e a dor são a força motriz dos seres sensíveis, se entre os motivos que impelem os homens para ações mais sublimes foram colocados, pelo invisível legislador, o prêmio e o castigo, a distinção inexata destes produzirá a contradição, tanto menos observada, quanto mais comum, de que as penas castigam os delitos a que deram origem. Se a pena igual for cominada a dois delitos que singularmente ofendem a sociedade, os homens não encontrarão nenhum obstáculo mais forte para cometer o delito maior, se disso resultar maior vantagem. (BECCARIA, 2013, p. 44)

Portanto, fica claro que a pena aplicada a uma infração deve guardar uma lógica não apenas quantitativa, mas também qualitativa com valoração da conduta, para que não haja discrepância entre o fato praticado e a reprimenda.

Há muito tempo percebe-se que para se falar em ressocialização é necessário que a pena seja proporcional ao mal produzido, sabendo-se que aquele indivíduo necessita de ajuda para se reintegrar à sociedade e a punição com viés ressocializador irá auxiliá-lo na reinserção social. Este é o entendimento de Pedro Dorado Montero desde o ano de 1905:

Un sistema penal congruente con las modernas concepciones filosóficas e sociológicas, con las concepciones derivadas del naturalismo causalista, no puede menos de partir de la consideración del delincuente como un individuo débil, débil de cuerpo ó de espíritu, o de ambas cosas, y por tal motivo necesitado de fortalecimiento y ayuda⁷. (MONTERO, 1905, p.76)

Contudo, o princípio da proporcionalidade, no que se refere a danos ambientais, segundo entendimento de parcela da doutrina, é, por vezes, desrespeitado, já que, na tentativa de inibir determinadas condutas, o legislador converte a *ultima ratio* do Direito Penal em *prima ratio*, este é o entendimento de Luis Gracia Martín (2005, p. 99). Evidencia-se, assim,

⁷ Um sistema penal congruente com as modernas concepções filosóficas e sociológicas, com as concepções derivados do naturalismo causalista, não pode considerar o delinquente como um indivíduo débil, débil de corpo ou de espírito, ou de ambas as coisas e por este motivo precisa de fortalecimento e ajuda. (Tradução nossa)

possuir o condão de simplesmente dar uma resposta à sociedade sem se preocupar com a possível quebra ou mitigação da dogmática penal.

No entendimento desses doutrinadores, o Direito Penal não é legítimo e nem eficaz para tutelar determinados danos ao meio ambiente, pois se mostra desproporcional e ineficiente, já que se trata de punição de riscos, o que se coaduna perfeitamente com o Direito de Polícia, devendo, portanto, ser tutelado pelo Direito Administrativo.

Dessa forma, Luis Gracia Martín, ao demonstrar a crítica de alguns autores ao Direito Penal do risco, assim aduz:

O lugar natural para a solução dos problemas específicos da sociedade de risco, isto é, para a proteção da segurança, é o direito de polícia, o Direito administrativo sancionador, ao qual pertencem na verdade os tipos de perigo abstrato até o ponto de que não deveriam ocupar nenhum espaço no Direito Penal. (MARTÍN, 2005, p. 99)

Para Américo Braga Júnior (2015, p. 148), a observância do princípio da proporcionalidade perpassa pela possibilidade que o Poder Judiciário possui de afastar do ordenamento jurídico brasileiro tipos penais incriminadores que não estejam em consonância com o próprio sistema jurídico.

São estas as palavras do autor:

Neste sentido, o poder judiciário somente está autorizado a intervir no processo legislativo quando o mesmo não estiver em consonância com as normas constitucionais, isto é, quando o processo legislativo redundar na criação de uma norma jurídica que desborde da conformação do atuar legislativo pautado pelo postulado da proporcionalidade. (JÚNIOR, 2015, p. 151)

No entanto, apesar de se entender que o princípio da proporcionalidade deve ser observado tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, o autor entende que, quanto aos bens coletivos ou aos novos riscos existentes na sociedade, é proporcional que se utilize o Direito Penal para solucionar tais mazelas por meio de uma expansão deste ramo jurídico (JÚNIOR, 2015, p. 159).

A modernização do Direito Penal não ofende garantias fundamentais, sendo ela necessária às novas necessidades do Estado, mostrando-se, portanto, legítima a expansão se essa modernização estiver em consonância com o princípio da proporcionalidade (JÚNIOR, 2015, p. 152).

Outra parte da doutrina entende que os riscos advindos da nova sociedade podem ser explicados por meio dos delitos de acumulação, ou seja, o Direito Penal moderno estaria protegendo bens jurídicos coletivos de grandes dimensões. Por se mostrarem como

macrolesões, é provável que não possam ser realizadas por um pessoal individualmente, havendo necessidade da reiteração de condutas para que o dano se produza (MARTÍN, 2005, p.100).

Portanto, para essa parcela da doutrina, se a lesão ao bem jurídico isoladamente considerada é incapaz de provocar danos sociais, seria desproporcional punir o indivíduo que, sozinho, não realizou nenhuma conduta lesiva.

Para essa corrente doutrinária que entende pela existência dos delitos de acumulação, o Direito Administrativo seria suficiente para tutelar bens supraindividuais, como pode ser observado nas palavras de Luis Gracia Martín, que cita alguns críticos à expansão do Direito Penal:

Esses fatos deveriam ser monopólio do direito administrativo sancionador em virtude da diferença qualitativa, e não simplesmente quantitativa, que deve ser reconhecida entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Sua criminalização implicaria em uma administrativização do Direito Penal. (MARTÍN, 2005, p. 101)

No entendimento de Jesus María Silva Sánchez (2011, p. 123), o Direito Penal que, anteriormente, punia um fato lesivo bastante delimitado, passaria a preocupar-se e punir riscos, convertendo-se em Direito de Gestão, demonstrando que, assim, o Direito Penal teria se administrativizado, já que agora teria índole preventiva.

Diante desses entendimentos, a modernização do Direito Penal não seria possível da forma como se quer fazê-la, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, já que seria desarrazoado criminalizar condutas sem se preocupar se estas são realmente lesivas ao bem jurídico tutelado.

2.1.3 O princípio da intervenção penal mínima e a possível perda de garantias fundamentais com o movimento expansionista

Pelo princípio da intervenção penal mínima, o Direito Penal só estará legitimado a proteger determinado bem jurídico quando este se mostrar imprescindível à paz social e à proteção de valores relevantes para a comunidade.

Nesse sentido, segundo Luiz Regis Prado (2014, p. 86), a intervenção do Direito Penal só poderá se dar quando mostrar-se como a *ultima ratio legis*. De acordo com o autor, o uso em excesso da punição penal não garante maior proteção aos bens jurídicos, ao contrário, condenaria o Direito Penal a uma função simplesmente simbólica.

Américo Braga Júnior (2015, p.167) apresenta o mesmo pensamento quando diz que o Direito Penal se encontra vinculado ao paradigma liberal individualista e a punição desproporcional pode levá-lo a se tornar apenas simbólico.

O Direito Penal, portanto, torna-se simbólico quando suas Leis têm a única finalidade de tranquilizar a sociedade, ou seja, as leis passam a existir para dar uma resposta ao clamor público, sem se preocupar com sua possível ilegitimidade, produzindo-se, assim, nessa sociedade, um efeito meramente aparente de que criminalizando tal comportamento conectado aos novos riscos sociais conseguir-se-á solucioná-lo (MARTÍN, 2005, p. 106).

Portanto, quando se pensa em modernização do Direito Penal com inclusão de novos tipos penais para proteção dos atuais riscos sociais, estar-se-ia apenas insuflando o sistema penal de leis muitas vezes ilegítimas para resolver problemas sociais, que, segundo parcela doutrinária, seriam facilmente solucionados no âmbito administrativo ou civil.

Para os críticos à modernização do Direito Penal, relativizar ou minimizar princípios constitucionalmente aceitos poderia fazer com que esse importante ramo jurídico perdesse o seu caráter garantista, podendo-se falar, inclusive, em Direito Penal do inimigo, como defendem alguns doutrinadores, pois, nesse caso, de acordo com Américo Braga Júnior (2015, p. 192), o Estado interferiria para prevenir comportamentos perigosos com potencialidade de colocar em perigo a estrutura social posta por ele.

No entanto, apesar de citar a crítica feita à expansão do Direito Penal, Américo Braga Júnior (2015, p. 191) entende que essa modernização é necessária, já que o Direito Penal não pode ser omissivo em tempos de imprescindível estabilização social, “não pode simplesmente negar as características do século XXI, bem como ignorar o grau de profissionalização da criminalidade atual.”

Por esse motivo, o autor acredita que relativizar certos princípios torna-se necessário e imprescindível no combate a determinadas condutas; logicamente, essa flexibilização deve fundar-se na necessidade de tutelar um bem maior, ou seja, um bem coletivo.

Nesse passo, de acordo com Américo Braga Júnior,

O direito fundamental individual cederá, de modo excepcional, porém consciente em situações determinadas e definidas no ordenamento jurídico-penal, para a observância e a concretização minimamente necessária do direito fundamental individual dos demais membros da sociedade, assim como o direito fundamental coletivo de estarem inseridos em uma estrutura normativa capaz de garantir uma segurança cognitiva necessária ao desenvolvimento da própria sociedade. (JÚNIOR, 2015, p. 192)

Apesar do entendimento acima exposto, acerca da possibilidade de mitigação do princípio da intervenção mínima em prol da modernização do Direito Penal, alguns autores com visão mais garantista entendem que o Direito Penal deve ser descriminalizador, ao passo que a sua vertente moderna realizaria uma função oposta, ou seja, criminalizaria comportamentos até então protegidos por outros ramos do Direito (MARTÍN, 2005, p. 103).

Dessa forma, mesmo sendo a favor da expansão do Direito Penal para tutelar bens e interesses coletivos, Luis Gracia Martín (2005, p. 103) cita alguns críticos a essa modernização, aduzindo que a criminalização do bem jurídico, como querem os defensores da expansão do Direito Penal, mostra-se ilegítima, com potencial de eliminar as garantias penais tradicionais.

Percebe-se, com isso, que não há consenso a respeito da possibilidade em se relativizar o princípio da intervenção penal mínima como tentativa de se evitar ou diminuir os riscos trazidos pelo desenvolvimento social.

Entende-se, contudo, que a expansão do Direito Penal frente aos novos riscos sociais se mostra urgente e a flexibilização dos princípios penais não fragiliza garantias constitucionais. Ao contrário, a mitigação principiológica, fundamentada nos danos coletivos, traz maior garantia à população no que se refere à prevenção de riscos, diminuindo ou eliminando os macrodanos sociais.

2.1.4 A ofensividade como princípio (des)necessário à punibilidade penal na sociedade do risco

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, não se traduz em inovação na ordem jurídica. De acordo com Ferrajoli, tem seu surgimento desde Aristóteles e Epicuro:

Trata-se de um princípio que surge já em ARISTÓTELES e EPICURO, e que é denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de HOBBS, PUNDEFORT e LOCKE a BECCARIA, HOMEL, BENTHAM, PAGANO e ROMAGNOSI, que veem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas. (FERRAJOLI, 2014, p. 428)

Para Fábio D'Ávila, a ofensividade se mostra como exigência constitucional e isso é compreensível, já que, no Brasil, existe uma relação próxima entre regras e princípios como espécies do gênero normas:

A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como e, principalmente, à luz das regras constitucionais. Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios. (D'ÁVILA, 2006, p. 85)

Dessa forma, apenas os bens jurídicos considerados mais relevantes para o Direito poderão ser tutelados pelo Direito Penal, explicando, assim, o brocardo em latim *nullum crimen sine iniuria*, ou seja, não há crime sem que tenha havido ofensa ao bem tutelado.

De acordo com Ferrajolli (2014, p. 429), o princípio em análise possui uma grande importância na definição de Estado de Direito moderno e na busca de um Direito Penal mínimo, orientando o Direito na proteção dos sujeitos mais frágeis, “por meio da tutela de direitos e interesses considerados necessários e fundamentais” (FERRAJOLI, 2014, p. 95).

Nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 26), o princípio da lesividade não autoriza que lesões irrelevantes a bens jurídicos sejam punidas pela lei penal, seria este o ponto de vista quantitativo aplicável ao princípio. No entanto, segundo ele, o princípio da lesividade deve ser analisado também em seu âmbito qualitativo, ou seja, deve-se analisar a natureza do bem jurídico lesionado. O princípio da lesividade proíbe a criminalização de liberdades previstas constitucionalmente, como liberdade de pensamento, de crença, de convicções filosóficas e políticas, etc.

O princípio da ofensividade é uma exigência constitucional, encontra-se implícito na Constituição Federal; segundo Cezar Roberto Bitencourt,

Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e completo ataque a um interesse socialmente relevante, que represente no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato. (BITENCOURT, 2012, p. 59)

O princípio da lesividade possui fundamento básico em uma concepção garantista de Direito Penal, visando um Direito Penal não totalitário.

Para Fábio Roberto D'Ávila (2005, p. 49), esse princípio deve atuar de duas formas, de *jure condendo* e *jure condito*, este orientando o juiz quanto à interpretação da norma e naquele orientando o legislador.

Nas palavras do autor Fábio D'Ávila:

Assim entendido, admitido como o efetivo princípio constitucional, o princípio da ofensividade encontrar-se-ia, então em condições de operar adequadamente nos planos legislativo e hermenêutico: No plano legislativo *ex ante* a norma penal, limitando o universo dos comportamentos tipificáveis àqueles detentores de uma

danosidade ao menos potencial; no plano interpretativo, *ex post* a elaboração da norma, mediante a utilização do princípio da ofensividade como cânone hermenêutico-aplicativo a ser operado pelo magistrado, de forma a exigir, no caso concreto, para o reconhecimento da existência do crime, uma efetiva ofensa ao bem tutelado pela norma. (D'ÁVILA, 2005, p. 55)

A partir desse entendimento, portanto, o magistrado possui papel importante na delimitação da ofensividade atribuível a determinado bem jurídico, não bastando a análise anterior do legislador.

Segundo Ferrajoli (2014, p. 426), o princípio de utilidade penal, do modo como foi formulado por Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria e de forma mais abrangente por Bentham, do qual deriva o princípio da ofensividade, é capaz de justificar a limitação da esfera das proibições penais, pois apenas as ações que causam lesões a bens jurídicos de terceiros merecem reprimenda, possuindo o Direito Penal o dever de prevenir os efeitos causados por essas ações. Continua o autor:

O princípio axiológico da separação entre direito e moral [...] veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou inclusive perigosos. E impõe, para uma maior tutela da liberdade pessoal de consciência e da autonomia e relatividade moral, a tolerância jurídica de toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros. De fato, a confusão entre direito e moral não favorece o primeiro - do qual solicita a invasão totalitária, a prevaricação inquisitória e a arbitrariedade decisionista. (FERRAJOLI, 2014, p. 426)

De fato, se a conduta do agente não causa nenhum dano efetivo a bem jurídico de terceiro, não se pode falar em punição, como defende Juan Carlos Ferré Olivé (2011, p. 92), citando Claus Roxin, Juan Carlos, Miguel Ángel, Willian Terra e Alexis Couto, que coadunam com a ideia acima exposta, aduzindo que o legislador não pode tipificar condutas meramente imorais não lesivas a bens jurídicos, tampouco incriminar algo apenas porque não lhe agrada, mesmo possuindo legitimação democrática.

Sendo esse também o entendimento expressado por Beccaria:

As ações morais, assim como as físicas, têm esfera limitada de atividade e, como todos os movimentos natureza são diversamente circunscritas ao tempo e ao espaço. Só a interpretação cavilosa, que é comumente a filosofia da escravidão, pode confundir aquilo que a verdade eterna com imutáveis relatos distinguiu. (BECCARIA, 2013, p. 48)

O autor acima citado entende que a única e verdadeira medida do delito é o dano causado e não a intenção do agente: “Às vezes, os homens, com a melhor das intenções, causam o maior mal à sociedade. Outras vezes, com a maior má vontade, causam o bem” (BECCARIA, 2013, p. 45).

No entanto, de acordo com Fábio Roberto D'Ávila (2005, p. 39), a evolução do Direito Penal demonstra a existência de alguns institutos caracterizados como pontos de tensão e é o que ocorre exatamente com o princípio da ofensividade. Segundo o autor, esse princípio tem enfrentado ultimamente várias dificuldades que até então eram negligenciadas, apesar de já existirem.

Existe uma enorme preocupação quanto à aplicação de uma política criminal não intervencionista. A intervenção excessiva associada ao abuso de poder já se mostrou inadequada para resolução de conflitos. Dessa forma, observa-se que a aplicação do Direito Penal deve restringir-se à proteção de bens jurídicos relevantes e que não apresentem possibilidade de tutela por outro ramo do Direito, visto que a utilização da legislação repressiva deve ser a *ultima ratio*.

A chamada *ultima ratio* não se traduz em última possibilidade, ou seja, há um equívoco ao se entender o Direito Penal como solução para qualquer problema social. O Direito Penal se mostra como *ultima ratio* porque deve tutelar bens jurídicos relevantes e agressões graves a tais bens.

Por esse motivo, o Direito Penal clássico encontra grande dificuldade em legitimar a sanção preventiva a determinados bens jurídicos, tendo sido objeto de inúmeras críticas, principalmente quanto aos crimes de perigo abstrato, os quais objetivam prevenir condutas potencialmente perigosas, principalmente a bens jurídicos supraindividuais, caso do meio ambiente.

Sabendo-se dessa dificuldade, a expansão do Direito Penal objetiva legitimar esses institutos que buscam a prevenção de tais danos. E, para isso, pretende-se mitigar ou relativizar a aplicação de alguns princípios penais, caso do princípio da lesividade.

No entanto, segundo Américo Braga Júnior (2015, p. 137), as principais críticas à expansão do Direito Penal dizem respeito à impossibilidade em se relativizar a estrutura garantista conseguida no Estado liberal de direito. Apesar de não ser este o entendimento do autor, para quem “fechar os olhos para a expansão ou modernização do Direito Penal, é o maior dos equívocos que se pode cometer” (JÚNIOR, 2015, p. 137).

A principal crítica dos adeptos da modernização do Direito Penal reside no fato de que, relativizando princípios penais garantistas, a intervenção do Direito Penal deixaria de ser a *ultima ratio*, havendo um retrocesso nos direitos adquiridos no Estado democrático (MARTÍN, 2005, p. 103).

Segundo essa corrente, se forem utilizados o Direito Administrativo e o Direito Civil, há a possibilidade de se prevenirem danos supraindividuais sem mitigação de princípios e, portanto, sem o enfraquecimento das garantias constitucionalmente conquistadas.

No trabalho que aqui se apresenta, objetiva-se discorrer sobre a possibilidade ou não de tutela penal frente aos danos supraindividuais, incluindo-se aí o dano ambiental. Para isso torna-se necessário discorrer sobre os crimes de perigo, principalmente os crimes de perigo abstrato, pois nestes observa-se a proteção preventiva de bens jurídicos.

3 CRIMES DE PERIGO

Durante muito tempo, os crimes de dano figuraram como única forma de ofensa a bens jurídicos existentes. Dessa forma, conforme Fábio D'Ávila (2005, p. 91), até a primeira Revolução Industrial, o perigo não era analisado juridicamente. O dano era o único elemento que fundamentava a infração penal, tendo sido até mesmo entendido como pedra de toque de todo juízo de desvalor.

No entanto, quando a noção de perigo surgiu, passou-se a entender que existiam crimes em que o desvalor não estava no resultado, ou seja, crimes em que a análise de ofensa ao bem jurídico deveria ser realizada *ex ante*, isso quer dizer que antes mesmo da própria conduta, o legislador, por entender como arriscada, a tipificava, independentemente da real ocorrência do dano.

Segundo Marta Felino Rodrigues (2010, p. 107), a palavra “perigo” significa, no âmbito jurídico penal, a possibilidade ou a probabilidade de acontecimento de um dano. De acordo com a autora, “no âmbito das incriminações, a referência ao perigo surge não só nos tipos de perigo abstracto e de perigo concreto, mas também nos crimes de dano” (RODRIGUES, 2010, p. 111).

Contudo, apesar do entendimento de que o perigo se encontra contido também nos crimes de dano, estes se contrapõem aos crimes de perigo, visto que os crimes de dano causam um resultado naturalístico, ou seja, alteração do mundo exterior levando à efetiva lesão de um bem jurídico tutelado. Há uma real ofensa ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Já os crimes de perigo são normas penais criadas pelo legislador para punir uma conduta potencialmente causadora de perigo. Não há necessidade de ocorrência do resultado lesivo, a análise é feita antes da ocorrência do resultado.

Os crimes de perigo dividem-se em crimes de perigo concreto e de perigo abstrato.

Segundo Marta Felino Rodrigues (2010, p. 13), partindo-se do ponto de vista analítico, entende-se haver uma bipolarização quanto à existência desses tipos de delitos que se fundamenta na relevância do perigo para a consumação da infração penal. De acordo com essa divisão, crimes de perigo abstrato consistem na mera criação do tipo penal, e os crimes de perigo concreto constituem-se em elemento essencial do tipo penal incriminador. Essa dicotomia será a partir de agora mais bem detalhada.

3.1 Crimes de perigo concreto

No que se refere aos crimes de perigo concreto, não existem muitas divergências doutrinárias e jurisprudências, pois nesse tipo de crime a situação perigosa deve ser observada no caso concreto. Com a demonstração da existência do perigo, já se pode falar em lesão ao bem jurídico protegido.

Para Marta Felino Rodrigues,

[...] devemos considerar, como elementos constitutivos essenciais do ilícito-típico de perigo concreto, a acção (concretamente) perigosa “e” o resultado de perigo (concreto), sendo precisamente o perigo concreto que ocupa o lugar de resultado ou evento em sentido técnico nos crimes de perigo concreto - resultado espaço temporalmente separado da acção e que lhe é objectivamente imputável. O crime de perigo concreto é, por isso, um crime de resultado - o crime material de perigo. (RODRIGUES, 2010, p. 113)

Portanto, no crime de perigo concreto, há uma conduta ilícita, mas também se deve preocupar com o descolar do resultado.

Um exemplo de crime de perigo concreto é o delito de poluição, previsto no artigo 54 da Lei 9.605/98:

Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortalidade de animais ou a destruição significativa da flora. (BRASIL, 1998)

Portanto, para haver uma infração de perigo concreto, o tipo penal exige a comprovação de que o bem jurídico seja exposto a perigo efetivo. Segundo Marta Felino Rodrigues, “o perigo é um elemento expresso, um pressuposto típico, carecendo, portando de verificação judicial caso a caso. Aqui, o legislador não pré-determina o perigo, mas descentraliza ou delega no juiz a sua verificação” (RODRIGUES, 2010, p. 135).

Para que seja considerado crime, a lei exige a ocorrência de um perigo concreto que ofenda efetivamente determinado bem jurídico. A preocupação aqui é com o resultado e não com a conduta.

Segundo Marta Felino Rodrigues (2010, p. 139), na concepção de perigo de Binding, somente quanto ao perigo concreto há relevância penal. Isso quer dizer que ou o perigo é realmente concreto ou ele não existe. A autora diz que Binding tenta demonstrar com a sua tese que haverá perigo concreto mesmo naquelas ações consideradas perigosas de forma abstrata, distinguindo-se, assim, os crimes de perigo dos crimes de mera desobediência, nos

quais se pune a ação independentemente de verificação da perigosidade concretamente considerada.

Marta Felino Rodrigues expõe, ainda, os crimes de perigo concreto na visão de Welzel, explicando que “o perigo concreto devia ser apreciado sempre com base nas circunstâncias existentes no momento da ação, através de uma prognose *ex ante*” (RODRIGUES, 2010, p. 139). E traz o seguinte exemplo:

A esconde numa estação de correios uma bomba com um relógio programado para a meia noite; à meia noite, quando a bomba relógio explode, a estação está vazia, apesar de algumas vezes, àquela hora, ser frequente ainda se encontrarem alguns trabalhadores no interior do edifício. (RODRIGUES, 2010, p. 140)

Portanto, de acordo com a autora, apesar de minoritário, Welzel entende que, para se falar em crime de perigo concreto, deve-se fazer uma prognose *ex ante* do perigo, ou seja, o perigo já deve ser considerado no momento da ação. No caso acima exposto, havia perigo no momento da ação, "pois com base num juízo *ex ante* por vezes àquela hora ainda trabalham pessoas nos correios" (RODRIGUES, 2010, p. 140).

Para Marta Felino Rodrigues (2010, p. 141), este entendimento de Welzel não é aceitável, pois para se falar em crime de perigo concreto, não basta analisar o comportamento do agente, devendo ser observado também o resultado efetivo.

Dessa forma, percebe-se que, para a doutrina majoritária, de acordo com o entendimento adotado pela autora acima citada, os crimes de perigo concreto necessitam de desvalor da conduta e desvalor do resultado. Caso a análise seja realizada anteriormente à conduta, com um juízo de prognose do possível perigo, fala-se em crimes de perigo abstrato.

3.2 Crimes de perigo abstrato

O entendimento acerca dos crimes de perigo abstrato se alicerça na desnecessária produção de qualquer resultado naturalístico, ou seja, não precisa haver transformação no mundo exterior perceptível aos sentidos humanos e não se exige a comprovação do risco ao bem jurídico protegido. Nos dizeres de Fábio D'Ávila (2005, p. 104), os crimes de perigo abstrato se mostram como “elemento motivador do legislador quando da elaboração da figura típica”.

De acordo com Pierpaolo Cruz Bottini:

O tipo de perigo abstrato é técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto. (BOTTINI, 2010, p. 103)

Pode-se ter como exemplo de crime de perigo abstrato ambiental aquele no qual há proibição de comercialização de motosserra, previsto no artigo 51 da Lei 9.605/1998, que dispõe em seu *Caput*:

Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente [...] (BRASIL, 1998)

Outro exemplo seria aquele contido no artigo 253 do Código Penal:

Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação. (BRASIL, 1940)

Observa-se que não existe lesão efetiva a bem jurídico. O que se percebe é uma probabilidade de que aquele perigo ocorra e é exatamente nesse ponto que alguns doutrinadores e, por vezes, até a jurisprudência, divergem, pois não se pode aceitar que haja crime sem ofensa ao bem jurídico tutelado, no caso, a incolumidade pública, visto que o princípio da ofensividade é limitador da aplicação do Direito Penal, portanto garantia constitucional do indivíduo.

Diante disso, vê-se que o desvalor reside na conduta e não no resultado, sendo este dispensado para que se fale em crime de perigo abstrato.

De acordo com Fábio Roberto D'Ávila, para que se consiga ter uma resposta positiva a respeito da viabilidade do conceito de crime de perigo abstrato, é necessário o seguinte entendimento:

Podemos desde já afirmar que o ilícito-típico nos crimes de perigo abstrato é construído a partir da normal periculosidade do fato que representa. Isto é, o perigo constitui, verdadeiramente, o elemento motivador da sua elaboração, sem que, entretanto, venha a ser chamado pela descrição típica, de forma a exigir, em termos de subsunção, um concerto por em perigo. Em outras palavras, o ilícito típico de perigo abstrato distingue-se verdadeiramente do ilícito típico de perigo concreto pela não exigência *de um bem jurídico concretamente exposto a perigo* ou, de forma ainda mais clara, *pela não exigência de um bem jurídico no raio de ação do perigo*. (D'AVILA, 2005, p.107-108)

Dessa maneira, pode-se observar que, diferentemente dos crimes de perigo concreto – nos quais se exige a ocorrência de um dano ao bem jurídico para que haja punição –, no crime de perigo abstrato, essa análise ocorre antes da exposição do bem jurídico a perigo, ou seja, ocorre *ex ante*. Portanto, trabalha-se com a possibilidade da ocorrência do dano.

Fábio D'Ávila (2005, p. 103) entende que os crimes de perigo abstrato são descritos por Binding como condutas em si mesmo perigosas, às quais o legislador se antecipa, tornando-as tipos penais por meio de uma presunção absoluta de perigo, ou seja, quanto a esses tipos de delitos, não se admitiria prova em contrário. O entendimento de Binding, segundo Fábio D'Ávila, é de que os crimes de perigo abstrato levam a uma grande possibilidade de injustiça, pois punem da mesma forma fatos perigosos e fatos desprovidos de perigo (D'ÁVILA, 2005, p. 103).

Para Marta Felino Rodrigues (2010, p. 13), existe uma distinção, do ponto de vista analítico, entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, para quem essa dicotomia se dá a partir da análise do perigo para a consumação das infrações.

No entendimento da autora, os crimes de perigo abstrato são aqueles que descrevem modos de comportamento perigosos, ou seja, o próprio legislador, entendendo que algumas condutas se mostram como tipicamente perigosas, as inclui no rol de infrações penais. Nas palavras da autora:

É o próprio legislador que estabelece os indícios de perigosidade, as características ou circunstâncias das quais resulta a perigosidade típica da acção. É a perigosidade geral da acção que é motivo da norma incriminadora. Consequentemente, alguns autores consideram que o perigo é meramente presumido no tipo de perigo abstrato. (RODRIGUES, 2010, p. 15)

No entanto, ainda segundo os ensinamentos da autora, a doutrina não é unânime no que diz respeito ao perigo como presunção da ação perigosa, pois parte dela entende que essa presunção diz respeito a um resultado de perigo, ou seja, ela se mostraria como relativa e outra parte da doutrina a entende como absoluta.

Contudo, segundo Rodrigues, o que prepondera é a noção de que aquilo que se presume no crime de perigo abstrato é o caráter perigoso da ação e não o perigo que pode advir de um resultado, sendo essa presunção quanto à perigosidade da ação absoluta (RODRIGUES, 2010, p. 16).

Isso quer dizer que o importante nos casos de crimes de perigo abstrato é o desvalor da conduta, e não o desvalor do resultado, como ocorre quanto aos crimes de perigo concreto e crimes de dano.

Com esse entendimento, Marta Felino Rodrigues assim explica o crime de perigo abstrato:

O comportamento típico é então presumido perigoso *iuris et de iure*. O trabalho do julgador limita-se, por isso, a subsumir formalmente a conduta realizada no tipo jurídico-penal, não sendo deixada ao aplicador do direito margem para verificar se a acção corresponde efetivamente à perigosidade determinada pelo legislador. (RODRIGUES, 2010, p. 17)

Fábio Roberto D'Ávila explica os crimes de perigo abstrato:

Progressivamente ao distanciamento do bem jurídico temos o enfrentamento de problemas de legitimação, que por sua vez, fazem-nos crer em uma fronteira elaborada a partir dos crimes de perigo abstrato, os quais, se corretamente compreendidos, ainda detêm o mínimo necessário para o reconhecimento de uma hipótese legítima de manifestação da ofensa jurídico penal. (Do penal. jurtaecimen. (D'ÁVILA, 2005, p. 90)

E continua o autor:

De forma crítica, Hassemer salienta a atual tendência político - criminal de criar tipos penais de perigo abstrato no intuito de controlar os riscos e incertezas oriundos da denominada sociedade de risco (HASSEMER, Wilfried, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos - Pena e Estado, 1 (1991) p.33 ss. Tipos penais que, em realidade, serviriam para aliviar exigências que, por via de regra, deslocam-se mais para o impedimento de "grandes perturbações", que propriamente ao conteúdo de descolar do fato que o tipo busca descrever, Ou seja, figuras de crime na linha de um Direito Penal de mentalidade administrativista, próprio de um Estado de prevenção. (D'ÁVILA, 2005, p. 95)

Marta Felino Rodrigues (2010, p. 22) entende, ainda, que, apesar de se saber que algumas condutas são tipicamente perigosas, não se pode falar que esse tipo de crime tem potencialidade de produzir um perigo efetivo a um bem juridicamente protegido. Segundo a autora, nesse caso, estar-se-ia abrindo caminho para a transformação de crimes de perigo abstrato em crimes de mera desobediência. Rodrigues traz como exemplo a doutrina Alemã:

A proposição do problema nestes termos é recorrentemente ilustrada na doutrina alemã através do § 306 do StGB. É um exemplo paradigmático de crime de perigo abstracto, nos termos da qual ainda é fundamentada a punibilidade no caso do preenchimento formal do tipo - pôr fogo a um edifício que serve de habitação - em concreto absolutamente não perigoso - no momento do facto não se encontravam pessoas dentro do edifício ou o agente certificou-se de que ninguém permanecia no interior do edifício ou, ainda, adoptou medidas de segurança que afastavam qualquer perigo para terceiros. (RODRIGUES, 2010, p. 22)

Contudo, aceitando-se a tese de que em alguns casos é necessário que a análise do perigo seja realizada apenas pelo legislador antes mesmo da conduta do agente, resta saber se

esse entendimento é suficiente para que se legitime a punição de uma conduta abstratamente perigosa sem que essa periculosidade seja sequer analisada juridicamente, bastando a mera realização formal da figura típica para que seja possível a punição da conduta.

Fábio D'Ávila explica a necessidade em se legitimar os crimes de perigo abstrato frente ao princípio da ofensividade: “Ou os crimes elaborados a partir do modelo de perigo abstrato são capazes estruturalmente de recepcionar uma elaboração substancial em termos de ofensividade, ou são categorias de crimes manifestamente ilegítimas” (D'ÁVILA, 2005, p. 108).

O autor cita, ainda, alguns doutrinadores que tentam legitimar os crimes de perigo abstrato, dentre eles Schroder, para quem os crimes de perigo abstrato devem ser analisados como crimes de perigo presumido relativo, ou seja, *iuris tantum*, admitindo-se prova em contrário, pois, em alguns casos, apesar da ocorrência constante de determinadas condutas, não há possibilidade de se verificar a real ocorrência de um perigo e, por esse motivo, deve-se aceitar que haja a contraprova (D'ÁVILA, 2005, p. 103).

No entanto, segundo Schroder, de acordo com o entendimento de D'Ávila, o perigo será considerado como relativo e admite contraprova apenas quando se tratar de um bem jurídico individualmente considerado, ou seja, um bem determinado. Quando o bem tutelado ameaçado for de uma coletividade, o perigo será absoluto, ou seja, *jures et de jure*, inadmitido prova em contrário. Segundo ele, torna-se necessário tolerar os crimes de perigo abstrato, que são normativos, em prol da coletividade. Diante disso, vê-se que, na Alemanha, alguns doutrinadores admitem a contraprova dos crimes de perigo abstrato, mas somente quando o bem jurídico colocado em perigo for determinado, não se admitindo essa contraprova quando o perigo envolver bens indeterminados ou indetermináveis.

A grande preocupação em se proteger bens jurídicos da sociedade gira em torno da necessidade de observar a crescente globalização e os males que essa globalização traz para a sociedade. É a chamada sociedade de risco, na qual se observa um crescimento desenfreado.

Fábio D'Ávila (2005, p.112) entende que esse pensamento esbarra em alguns problemas, como a possível violação ao princípio do *in dubio pro reo*, já que o réu que tem que provar que a sua conduta não causaria nenhum tipo de perigo, podendo-se falar, inclusive, em inversão do ônus da prova.

Segundo Marta Felino Rodrigues (RODRIGUES, 2010, p. 31), há uma tentativa de legitimar o crime de perigo abstrato por meio da chamada teoria do perigo geral - *Theorin der generellen Gefar* (*Gefahrmotivtheorie*). De acordo com essa teoria, o legislador incrimina condutas supostamente perigosas seguindo uma probabilidade estatística. Portanto, a

periculosidade da ação não é analisada individualmente e sim a partir de comportamentos da coletividade.

Dessa forma, as condutas que geram algum risco para a sociedade, se assim entender o legislador, terão determinada a sua punibilidade, criminalizando-as abstratamente.

3.3 Os crimes de perigo abstrato e a necessidade de proteção aos bens supraindividuais

Os crimes de perigo abstrato mostram-se como institutos necessários para a tutela e prevenção de riscos trazidos pela globalização. No entanto, com intuito de proteger bens jurídicos supraindividuais, não se pode afrontar princípios constitucionalmente previstos para legitimar tais condutas.

Diante dessa dificuldade, alguns autores buscam uma modificação do Direito Penal para proteção dos interesses coletivos complementada pela utilização de outros ramos do Direito, não havendo, portanto, exclusão de um ramo jurídico frente a outro e, sim, a necessária união de todos eles em prol da proteção transindividual. Tal proteção se mostra necessária e urgente, já que os direitos coletivos de solidariedade se inserem no campo dos direitos fundamentais.

No entendimento de Flávio Avelar Silva Freitas e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2014, p. 285), os direitos à solidariedade e fraternidade, nos quais se insere o meio ambiente, são direitos fundamentais de terceira dimensão.

A fim de que o conceito de solidariedade fosse realmente observado e respeitado por todos, o artigo 225 da Constituição Federal, além de dispor sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, também dispôs que as condutas praticadas contra o meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais.

No entendimento de Flávio Avelar Silva Freitas e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2014, p. 285), ao se deparar com a exigência constitucional de proteção ao meio ambiente, o legislador ordinário viu-se na necessidade de tipificar várias condutas ofensivas ao meio ambiente na Lei 9.605/1998 e, para isso, se utilizou de modelos de crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato.

Nas palavras de D'Ávila, “o legislador ordinário precisou valer-se principalmente dos crimes de perigo abstrato, nos quais há a presunção do risco de lesão, dispensando-se a demonstração de sua real ocorrência” (D'AVILA, 2005, p. 89).

Contudo, de acordo com o que foi demonstrado, no Brasil, deve-se respeitar o princípio da ofensividade/lesividade para que haja punição de uma conduta.

Vê-se, portanto, que não se trata de questão de fácil resolução, pois há necessidade de aplicação dos crimes de perigo abstrato, principalmente quanto aos crimes ambientais, mas não se pode deixar de lado os princípios constitucionalmente garantidos.

Alguns autores, como Pierpaolo Bottini (2010, p. 119), entendem que os crimes de perigo abstrato formam o núcleo central do Direito Penal do risco e a sua modernização perpassa a necessidade de utilização dos crimes de perigo abstrato.

Segundo o autor, quando se pensa em riscos, como energia nuclear, utilização de organismos geneticamente modificáveis e desenvolvimento de novos medicamentos em larga escala, o que importa é evitar ou controlar possíveis riscos advindos dessas condutas e não reprimir os resultados. De acordo com as palavras do autor, "nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do Direito" (BOTTINI, 2010, p. 120).

Por esse motivo, alguns estudiosos do Direito entendem que, a par da urgência em se tutelar uma sociedade de risco, há também a necessidade de modernização do Direito Penal, com a mitigação de alguns princípios clássicos, pois o Direito Penal tradicional não possui institutos suficientes para proteger bens coletivos.

Sendo esse exatamente o entendimento de Pierpaolo Bottini:

A concessão de status penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado, que exigem em geral, um titular do bem ou do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito, e dá lugar ao injusto de perigo abstrato. (BOTTINI, 2010, p. 120)

Para que se consiga adequar o princípio da lesividade aos crimes de perigo abstrato, segundo Bottini, o próprio conceito da ofensividade deve ser revisto, já que este não poderá ser entendido apenas como exposição de um bem à lesão ou ao perigo, mas também como expectativa de mero potencial de perigo (BOTTINI, 2010, p. 207).

Luis Gracia Martín, citando a doutrina que critica a modernização do Direito Penal, assim aduz: "a tese da crítica poderia ser resumida no seguinte enunciado: o Direito Penal atual possui um caráter antigarantista; pois aquilo que realmente o torna moderno é justamente sua ruptura com as garantias penais do modelo liberal" (MARTÍN, 2005, p. 91).

Dessa forma, por entender que a expansão do Direito Penal se distanciaria da dogmática deste segmento jurídico, alguns autores não aceitam sua expansão e entendem por ilegítima e antigarantista a utilização dos crimes de perigo abstrato ou qualquer outra relativização dos princípios penais constitucionais.

Pierpaolo Bottini (2010, p. 259) questiona esse argumento quando expressa seu entendimento no sentido de que algumas correntes penais compreendem os crimes de perigo abstrato como crimes de lesão ou como crimes formais. Isso quer dizer que, para a sua ocorrência, não há necessidade de um lastro material para legitimá-los.

A partir de uma classificação político-criminal dos crimes ambientais, observa-se que a maioria deles diz respeito a crimes de perigo abstrato, ou seja, o dano ao bem jurídico é presumido.

Busca-se prevenir a ocorrência de diversos danos ambientais por meio da utilização de tipos penais de perigo abstrato exatamente devido à necessidade de prevenção de tais tipos de delito, pois, na sociedade atual globalizada, mostra-se mais efetiva a prevenção que a repressão, já que a proporção desses danos muitas vezes é enorme, de consequências desastrosas para as presentes e futuras gerações.

No entanto, a legitimidade na aplicação dos crimes de perigo abstrato é bastante questionável.

A partir do entendimento de que o Direito Penal precisa prevenir condutas lesivas à coletividade, o legislador criou o tipo penal de precaução, através da técnica dos crimes de perigo abstrato, como nos ensina Pierpaolo Bottini (2010).

Dessa forma, percebe-se que há a necessidade de prevenir danos, principalmente danos ambientais. No entanto, para isso, é necessário que se entendam alguns institutos com escopo de prevenção, a partir de um viés mais moderno, sendo este o caso dos crimes de perigo abstrato quanto à sua ofensividade.

Fábio Roberto D'Ávila (2005, p. 94) explica a necessidade de análise do princípio da ofensividade nos crimes de perigo abstrato. Segundo ele, quando se fala que, para haver infração, é necessária a ofensa a bens jurídicos, não se quer dizer que apenas os crimes de dano ou de perigo concreto fazem parte do Direito Penal. Na verdade, há ofensa a bem jurídico também quanto aos crimes de perigo abstrato, ou seja, nesse tipo de crime a ofensividade diz respeito ao cuidado de perigo.

Não há dúvidas de que o princípio da ofensividade seja uma exigência constitucional que visa limitar a aplicação da lei penal e legitimar a punição de lesão a bens jurídicos relevantes.

No entanto, deve-se ter em mente que a ofensa a bens jurídicos não se limita a lesões individuais; hoje, cada dia mais, percebe-se que o Direito Penal tradicional precisa abrir caminho para um Direito Penal novo, acessório, que consiga prevenir danos à coletividade e que evite possíveis lesões a pessoas indeterminadas.

Dessa forma, nos casos de lesões transindividuais, a aplicação do Direito Penal preventivo mostrar-se-ia mais eficaz que a repressão de condutas lesivas.

Existem doutrinadores que entendem ser a ofensividade desnecessária quanto à existência de alguns tipos penais; Fábio D'Ávila (2006, p. 89) cita Fernando Mantovani, que explica ser possível a existência de crimes sem ofensividade, os quais possuem sua razão de ser não na ofensa a efetivos bens jurídicos, mas, sim, na necessidade de que políticas criminais previnam lesões a determinados tipos de bens, citando como exemplo o bem coletivo. “Em outras palavras, a existência de interesse político-criminal na manutenção de categorias jurídico-penais desprovidas de qualquer ofensividade justificaria, por si só, a derroga do princípio.”

Contudo, apesar de citar o pensamento de Mantovani, Fábio D'Ávila deixa clara sua discordância desse entendimento, pois para ele é impossível que se parta de juízo de valor, de dados empíricos, para reconhecer como crime algo desprovido de ofensividade, pois simples interesses políticos não podem afastar a necessária presença da ofensividade em uma conduta tida como lesiva a bens jurídicos (D'ÁVILA, 2006, p. 89).

O autor vai além e defende que aceitar a existência de crimes sem a ofensa a bens jurídicos para evitar uma possível e futura ofensa a esses mesmos bens jurídicos é contraditório e essa tese abriria espaço à punição de atos preparatórios, os quais em regra não são puníveis (D'ÁVILA, 2006, p. 90).

No entendimento de Fábio D'Ávila (2006, p. 91), a ofensividade deverá ser analisada pelo legislador quando da produção da norma, mas deverá também ser interpretada pelo operador do Direito quando aplicada ao caso concreto. Segundo ele, todas as deficiências apresentadas pelo legislador quanto à presença ou ausência da ofensividade em determinadas condutas devem ser supridas por quem interpreta e aplica a norma, podendo mostrar-se como constitucional ou inconstitucional, a depender do caso em questão.

Quando se pensa em um Direito Penal diferente e moderno, percebe-se que essa necessária interpretação sugerida por Fábio D'Ávila no momento da aplicação da norma penal pode se mostrar como avanço do Direito Penal tradicional.

No entanto, essa solução traz uma enorme vagueza e responsabilidade do operador e aplicador do Direito, pois a depender de um juízo de valoração deste, uma conduta será

considerada como ofensiva a bens jurídicos e deverá ser punida, ao passo que, em condutas semelhantes, pode-se entender pela ausência de ofensividade e desnecessidade de sanção, fato que gera insegurança jurídica.

Parece ser esse também o entendimento de Fábio D'Ávila:

[...] se tomarmos a realidade legislativa brasileira tal como se apresenta, na qual a falta de preocupação com as exigências constitucionais de validade e a acentuada falta de rigor técnico são marcas comuns, podemos perceber, então, o grau de responsabilidade que recai sobre o intérprete, e daí a necessidade de um intenso e contínuo aprimoramento no plano hermenêutico-aplicativo, o que sem dúvida alguma passa por uma melhor compreensão e delimitação do que devemos entender por ofensividade. (D'ÁVILA, 2006, p. 91-92)

Percebe-se, portanto, que há uma crescente necessidade de proteção dos novos riscos advindas da globalização e que os bens jurídicos coletivos e difusos carecem de proteção diferenciada daquela dada aos bens individuais.

Nesse âmbito, o Direito Penal tradicional encontra-se com dificuldades para enfrentar essas novas realidades delitivas, já que foi estruturado e fundamentado no século XVIII. Esse fator traz a necessidade de que o Estado forneça à sociedade uma moderna normatização, com adequação aos problemas atuais do Direito Penal.

É necessário que se perceba que as novas realidades devem ser analisadas e resolvidas pelo Direito Penal, necessário à prevenção de crimes com potencial danoso para além do indivíduo em si considerado.

Portanto, pode-se dizer que, atualmente, há a necessidade de se analisar e rever a atuação do Direito Penal quanto à existência de crimes em face da ineficácia do Direito Penal tradicional na tutela de bens coletivos. Em regra, o Estado busca evitar a ocorrência de danos a bens jurídicos por meio de um viés punitivo, o qual não se mostra eficaz frente aos novos desafios sociais.

Atualmente, o risco causado à sociedade não se limita a um local restrito, ultrapassando fronteiras e se protraindo no tempo, podendo, inclusive, atingir futuras gerações. Um exemplo clássico é o acidente nuclear de Chernobyl, dano ambiental que aconteceu no ano de 1986, que, até hoje, continua causando danos a indivíduos que não haviam sequer nascido na época do evento danoso.

Um dos maiores acidentes da história envolvendo Usinas Nucleares foi o ocorrido na Usina Nuclear de Chernobyl. No dia 26 de abril de 1986, um dos reatores da

Usina explodiu liberando uma enorme cortina de fumaça com elementos radioativos que rapidamente se espalharam por uma boa parte da Europa e da União Soviética.⁸

De acordo com Ulrich Beck,

Tais percepções dos riscos e incertezas globalmente fabricados caracterizam-se por três aspectos. Primeiro, deslocalização: suas causas e consequências não se limitam a um local ou espaço geográfico; em princípio elas são onipresentes. Em seguida, incalculabilidade: suas consequências são, em princípio; no fundo, trata-se de riscos “hipotéticos” ou “virtuais” que se baseiam especificamente em incógnitas científicas induzidas e dissensos normativos. Finalmente, não compensabilidade: o sonho de segurança da modernidade europeia do século XIX se baseava na utopia científica de tornar os perigos de decisão e as consequências arriscadas cada vez mais controláveis. (BECK, 2010, p. 363)

Para Ulrich Beck (2011, p. 363), as incertezas fabricadas dependem de decisões humanas, são criadas pela própria sociedade.

Torna-se claro, portanto, que, perante os graves riscos produzidos pela própria sociedade, é urgente que um Direito Penal diferente se apresente, deixando ao Direito Penal clássico a tutela a bens jurídicos individuais.

A sociedade de risco carece de regulamentação própria, o Direito Penal tradicional não se mostra apto a tutelar bens jurídicos que ultrapassam o indivíduo e, hoje, vê-se ao lado do Direito Penal clássico com proteção a bens jurídicos determinados um Direito Penal secundário, com ofensa a bens jurídicos coletivos, sendo este o caso do Direito Penal ambiental, da criminalidade econômico-financeira ou até da criminalidade organizada, os quais produzem macrovitimizações.

Contudo, não se pode falar em crimes de perigo abstrato ou em prevenção a crimes ambientais sem se preocupar em conectá-los ao princípio da precaução, já que neste também a análise do risco ocorre antes da realização da própria conduta.

3.4 O princípio ambiental da precaução em cotejo com o princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato

Para que se consiga prevenir danos a bens jurídicos supraindividuais, a utilização dos crimes de perigo abstrato se torna necessária na prevenção das condutas lesivas. Contudo,

⁸ <http://www.infoescola.com/fisica/acidente-da-usina-nuclear-de-chernobyl/acesso> 22/05/16

para que consiga aplicar esse instituto, o legislador presume a ocorrência de um perigo e pune a conduta, sem se preocupar com o resultado.

Quando se fala em prevenção de danos ambientais, observa-se a necessidade de utilização do princípio da precaução, o qual também pressupõe um risco, sem se preocupar com a certeza científica da ocorrência desse risco.

Dessa forma, tanto no princípio da precaução quanto nos crimes de perigo abstrato, a análise da potencialidade lesiva do bem jurídico se satisfaz com a mera conduta, havendo um desvalor quanto ao resultado, podendo-se pensar assim em violação ao princípio da lesividade, já que em nenhum dos casos há necessidade de lesão efetiva para sua aplicação. Por esse motivo, torna-se necessário compatibilizá-los ao princípio da lesividade.

Para Pierpaolo Bottini, “o termo precaução deriva do latim tardio *precaucio-onis*, que significa cautela antecipada”, sendo possível conceituá-lo como “a diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em casos de ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação” (BOTTINI, 2010, p. 64).

De acordo com Romeu Thomé (2014, p. 178), a origem do princípio da precaução se deu na Europa nos anos de 1970, precisamente na Suécia, país que aprovou a Lei sobre Produtos Perigosos para o Homem e o Meio Ambiente em 1973. Essa lei exigia a adoção de precaução para aqueles que explorassem produtos perigosos para a saúde humana e o meio ambiente. Contudo, citando Sampaio e Wolfrum, Romeu Thomé aduz que foram os alemães os responsáveis por explicar o princípio da precaução na lei de proteção das águas (THOMÉ, 2014, p. 178).

Segundo Alexandra Aragão (2012, p. 70), o princípio da precaução mostra-se como um dos mais promissores para o Direito Ambiental, tendo sido acrescentado pelo Tratado de Maastricht.

E continua a autora,

Uma das principais adoções expressas do princípio da precaução no âmbito internacional foi em 1987, na segunda conferência internacional sobre a proteção do Mar do Norte. Por força do princípio da precaução emissões de poluição potencialmente poluentes, devem ser reduzidas, mesmo quando não haja prova científica evidente do nexo causal entre as emissões e seus efeitos. (ARAGÃO, 2012, p. 70)

A preocupação com o meio ambiente iniciou-se antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente,

Lei 6.938/1981, que prevê em seu artigo 9º, inciso III, a necessidade de realização de avaliação de impactos ambientais a fim de que haja prevenção de um dano ambiental.

Após o advento da Lei 6.938/1981, inaugurou-se no Brasil uma nova ordem Constitucional em 1988 e a Carta maior do país também se incumbiu de dispor em seu artigo 225, inciso IV, a necessidade de prévio estudo de impacto ambiental para que se tornasse possível a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

Nessa época, não se pensava em precaução como nos moldes atuais, falava-se em prevenção, ou seja, para que houvesse um estudo prévio, exigia-se a demonstração de uma certeza científica quanto à produção dos danos ambientais. Isso acontecia porque se buscava proteger o meio ambiente, mas a grande preocupação era com o empreendedor e com a possibilidade de inviabilização da sua atividade.

Contudo, a falta de certeza científica sobre a possibilidade de um empreendimento causar uma grave degradação ambiental não poderia se transformar em um entrave de proteção ao meio ambiente.

Com esse pensamento, em 1992, a Declaração do Rio de Janeiro destacou o princípio da precaução:

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

Para Pierpaolo Bottini (2010, p. 63), a ciência não consegue comprovar a existência dos novos riscos devido aos avanços tecnológicos. No entanto, isso não implica na inexistência desses riscos e “a incerteza dos resultados de um empreendimento não significa sua segurança” (BOTTINI, 2010, p. 63).

Segundo Romeu Thomé (2014, p. 180), o princípio da precaução se mostra como garantia contra riscos ainda não identificados, requerendo, assim, na iminência de sua ocorrência, a implementação de medidas que evitem ou minimizem o dano.

O autor lembra, ainda, que existe previsão expressa na carta ambiental francesa de 2005 sobre o princípio da precaução, dada a sua relevância para a proteção ambiental:

Article 5 - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l' état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de

précaution et dans leurs domaines d'attributions, a la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage⁹. (FRANÇA, 2005)

No entanto, de acordo com o entendimento do autor José Adércio Leite Sampaio (2003, p. 10-17), para que haja o respeito e aplicação correta do princípio, algumas questões devem ser respondidas, como quando deve ser aplicado e qual a gravidade do dano ao meio ambiente que o justifica.

Esse é também o entendimento de Romeu Thomé (2014, p. 183), para quem o princípio da precaução deve se limitar apenas a riscos graves e irreversíveis, sob pena de inviabilizar o desenvolvimento tecnológico e econômico.

Contudo, apesar desse entendimento, o próprio autor explica que o crescimento científico-tecnológico não pode mais ser visto como absoluto, já que causa insegurança a toda a sociedade e já se sabe da falibilidade da Ciência para dar respostas exatas a respeito dos impactos causados ao meio ambiente.

Parafraseando Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 113), na dúvida, se a atividade traz riscos de degradação ao meio ambiente, deve-se optar pela solução que proteja o ser humano e conserve o meio ambiente. O doutrinador afirma, ainda, que, em alguns casos, deve-se realizar uma inversão do ônus da prova para impor, ao potencial autor do dano, a prova de que sua atividade não causará degradação ambiental.

Esse também é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA- DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO D HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

Fica prejudicado o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.437/1985 (adiantamento de honorários periciais) em razão do Juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os Honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII da Lei 8.078/1990 c/c art.

⁹ Art. 5º Quando a possibilidade de ocorrência de qualquer dano, ainda que incerto o estado de conhecimento científico, possa afetar de maneira grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas garantirão, aplicando-se o princípio da precaução em seus campos de atuação, a implementação de procedimentos para avaliação de riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais a fim de evitar a ocorrência do dano. (Tradução nossa)

21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao princípio ambiental da Precaução. (STJ. REsp 972902 RS 2007/0175882-0. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento: 25.8.2009. Dje, 14.9.2009).

Dessa forma, vê-se que, atualmente, a análise da existência do risco do empreendimento privilegia o meio ambiente e não mais a atividade potencialmente poluidora, como acontecia no passado.

Alexandra Aragão (2012, p. 72), utilizando-se das palavras do Quinto Programa da Comunidade Europeia de política e acção em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável, defende que os riscos advindos da sociedade atual são tão elevados que "não podemos dar-nos ao luxo de esperar... e estarmos errados" (ARAGÃO, 2012, p. 72).

Como visto acima, o princípio da precaução tem como objetivo antecipar-se ao provável dano, evitando que o mesmo se produza. De acordo com Paulo Afonso Leme Machado (2014, p. 95), o princípio da precaução encontra-se previsto no Direito alemão desde os anos 1970, ao lado dos princípios da cooperação e do poluidor pagador.

Portanto, como já foi dito, para que se aplique o princípio da precaução, não há necessidade de certeza científica de ocorrência do dano ambiental, podendo-se antever o risco, mesmo que provável, impedindo-se o estabelecimento da atividade potencialmente causadora de dano ambiental.

Nas palavras de Juarez Freitas,

[...] O princípio da precaução, dotado de eficácia direta e imediata, impõe ao poder Público diligências não tergiversáveis, com a adoção de medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos (juízo de verossimilhança). (FREITAS, 2012, p. 285)

Paulo Afonso Leme Machado (2014, p. 95), citando Gerd Winter, diferencia o perigo ambiental do risco ambiental. Segundo o autor, os perigos são geralmente proibidos, fato que não se aplicaria aos riscos, pois estes não podem ser excluídos, já que sempre permanece a probabilidade de um dano menor. Esses riscos, portanto, podem ser minimizados, mas não proibidos. Sabendo disso, o legislador proíbe a ação perigosa e mitiga os riscos, aplicando-se, assim, o princípio da precaução.

Para Luis Gracia Martín,

Por outro lado, dentro desse marco geral do risco, a orientação tradicional do Direito Penal à prevenção de riscos calculáveis e, por isso, previsíveis, experimenta também uma variação que toma uma direção encaminhada à precaução ante a incerteza e a impossibilidade de cálculo dos riscos que, conforme estimativas meramente estatísticas, podem se produzir com maior ou com menor probabilidade em

consequência de determinadas atividades, como por exemplo aquelas de caráter científico, cujo conhecimento ainda é incerto. (MARTÍN, 2005, p. 51)

Precaução, portanto, seria a tutela antecipada a um risco, ou seja, necessidade de proteger um comportamento para evitar um perigo, mesmo que incerto.

A legitimidade da aplicação do princípio da precaução no Direito Penal Ambiental leva a algumas divergências doutrinárias, pois, para se legitimar a punição de uma conduta, deve-se primeiramente respeitar os limites impostos ao Direito Penal pelos princípios constitucionais acima expostos.

De acordo com Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 154), para que se dê efetiva aplicação do Direito Penal, como foi visto, vários princípios são de observância obrigatória, dentre eles o princípio da ofensividade ou lesividade.

Dessa forma, a conduta será passível de punição apenas se ofender bem jurídico. “O conceito de *nullum crimen sine iniuria* estabelece que somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem o interesse tutelado” (BOTTINI, 2010, p. 154).

Portanto, para que haja crime, torna-se necessária a presença de uma lesão ao bem jurídico protegido e é exatamente por esse motivo que parte da doutrina entende que os chamados crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, pois os mesmos não exigem um dano efetivo ao bem tutelado.

Este é o entendimento de Fabio D’Ávila: “Ou os crimes elaborados a partir do modelo de perigo abstrato são capazes estruturalmente de recepcionar uma elaboração substancial em termos de ofensividade, ou são categorias de crimes manifestamente ilegítimas” (D’ÁVILA, 2005, p. 108).

Dessa forma, quando o legislador elege um tipo penal ambiental em que se pune um risco simplesmente possível, não se preocupa com a real ofensividade da conduta, pois entende-se que aquela ação põe em risco bens juridicamente protegidos, e mesmo não havendo lesão efetiva a estes a conduta por si só já deve ser punida.

Contudo, para saber se os interesses transindividuais merecem a proteção do Direito Penal, torna-se necessário que se pontue se estes são verdadeiros bens jurídicos mercedores de tutela.

4 O BEM JURÍDICO PENAL E A SOCIEDADE DE RISCO

Segundo Fabio Roberto D'Ávila (2006, p. 79-80), o entendimento de que alguns bens precisam ser protegidos juridicamente começou a ganhar força com Birnbaum em 1834. Ele afirmava que não se deveria buscar o conteúdo do crime na violação de direitos subjetivos, mas sim em valores socialmente reconhecidos, ou seja, alguns bens são protegidos pela norma e o conteúdo do crime estaria atrelado à ofensa a esses bens.

Fábio Roberto D'Ávila (2006, p. 80) explica, ainda, que, apesar de o bem jurídico ter sido idealizado a partir da noção de violação a direitos subjetivos, não houve preocupação em limitar a proteção dos bens jurídicos à escala de direitos individuais, muito pelo contrário; Birnbaum propôs um conceito de bem comum para explicar a existência do bem jurídico, já que se referiu a convicções morais e religiosas da sociedade.

O conceito de bem jurídico gera divergências doutrinárias, pois, segundo alguns doutrinadores, é vago, impreciso. Nos dizeres de Luiz Regis Prado,

Apesar de o postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos ter a concordância quase total e pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico, onde reina grande controvérsia. Aliás, a falta de clareza do significado do bem jurídico (termo equívoco) encontra correspondência na ausência de precisão do seu conceito (PRADO, 2014, p. 46).

Luiz Regis Prado (2014, p. 46), citando Welzel, diz que, objetivamente, o bem jurídico poderia ser considerado como bem necessário à vida do indivíduo ou da comunidade e, devido à sua significação para a sociedade, é protegido juridicamente.

O entendimento a respeito do que seja bem jurídico, portanto, gira em torno de um juízo valorativo acerca de um objeto relevante ao bem-estar social.

Em verdade, o que acontece é que os bens jurídicos são os valores mais relevantes de uma sociedade e estes existem em benefício da vida, não apenas da vida humana, como querem alguns autores, mas, sim, de qualquer espécie de vida e, por possuírem uma grande importância, há necessidade de proteção a esses bens jurídicos por parte do Estado.

Para explicar no que consiste o bem jurídico penal, Roxin, segundo Luiz Regis Prado (2014, p. 65), baseia-se na noção de Estado democrático e social de direito, significando que o Direito Penal deve buscar garantir aos indivíduos uma paz social. Alguns valores são essenciais a determinadas sociedades, como a vida, a integridade física, a liberdade, o patrimônio, dentre outros. A todos esses bens essenciais dá-se o nome de bem jurídico e a

função do Direito Penal é assegurar a observância e respeito a todas as garantias individuais, punindo a sua violação.

De acordo com Eugênio Raul Zaffaroni (2009, p. 399), “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetem”. Para simplificar o conceito, o autor aduz que “os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos”.

Para que se fale em norma jurídica a proteger bens relevantes, não se pode perder de vista a obrigatoriedade da obediência a alguns princípios constitucionais, principalmente no que rege o Direito Penal, pois a limitação do poder estatal não pode ser ignorada como forma de garantia de direitos fundamentais.

Ainda segundo Luiz Regis Prado (2014, p. 65), o Direito Penal apresenta outra função básica que seria possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade do cidadão, como pressuposto a uma condição de vida digna, garantindo as prestações públicas.

No entanto, no entendimento do autor, deve-se ter em mente que existem alguns parâmetros a serem seguidos pelo legislador ao eleger um bem susceptível de proteção estatal. O bem só pode ser protegido diante de condutas que realmente possuam a possibilidade de colocá-lo em perigo ou lesioná-lo. Portanto, o legislador deve respeitar, dentre outros, o princípio da ofensividade.

Fábio Roberto D'Ávila (2006, p. 79-80), citando Birnbaum, aduz que o crime aconteceria quando alguém causasse dano ou colocasse em perigo determinados bens jurídicos protegidos pelo Estado. Dessa forma, para ele, deveria haver uma delineação sob a noção de ofensividade quanto aos crimes de dano e de perigo.

Para Luiz Regis Prado, torna-se necessário que se faça uma pergunta para que haja o real entendimento do conceito de bem jurídico:

Quando se deve reputar necessária a intervenção penal? Aqui surge o conceito de bem jurídico, já examinado sob outro ângulo. É de notar que nem todo bem jurídico requer proteção penal. Isso é, nem todo bem jurídico, há de ser convertido em um bem jurídico penal. A doutrina tem-se limitado a contemplar a primeira noção (genérica), que é em grande parte insuficiente para limitar o direito estatal de punir. Ressalte-se aqui que uma política criminal restritiva de intervenção penal impõe subordinar esta última a valorações tipicamente jurídico-penais, que permitem selecionar com critérios próprios os objetos dignos de amparo penal e não só *in genere*. (PRADO, 2014, p. 151)

Após delinear a existência do bem jurídico penal, torna-se necessário que se faça uma análise do que seja a sociedade de risco, pois é a partir dela que se discute a necessidade ou não de reformulação do Direito Penal clássico.

O entendimento de que existe uma sociedade de risco demonstra que as ameaças à coletividade advindas por meio da evolução tecnológica econômica social começaram a se tornar reais. Contudo, Ulrich Beck (2011, p. 363) não confunde ameaça com risco fabricado; este, de acordo com o que foi explicado acima, depende de intervenção humana, enquanto aquele depende apenas de eventos naturais.

Nota-se que a utilização do meio ambiente de forma ilimitada está levando à sua exaustão e a uma situação de perigo potencialmente irreversível.

Ulrich Beck passou a ser um dos teóricos essenciais ao estudo da sociedade de risco, após a sua obra *Risk Society*. De acordo com o autor (2011, p. 361), a sociedade de risco, na verdade, diz respeito a uma acumulação de riscos, na qual se incluem riscos ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos e informacionais.

Para Romeu Thomé,

O modelo de sociedade contemporâneo apresenta características próprias, diversas dos modelos até então conhecidos. A partir do crescimento industrial e seus reflexos no meio ambiente, na saúde humana, na estrutura familiar e no indivíduo, constata-se um panorama assustador em que a civilização ameaça a si mesma. (THOMÉ, 2014, p.15)

O conceito de sociedade de risco está diretamente vinculado à noção de globalização, pois os riscos existentes não escolhem países ou pessoas a serem atingidas e afetam todos os indivíduos sem respeitar fronteiras.

De acordo com Romeu Thomé,

Em inúmeras ocasiões, os empreendimentos que geram risco elevado são transferidos para países periféricos, cuja população irá sofrer seus impactos negativos. Pode-se exemplificar tal situação com exemplos, infelizmente, notoriamente conhecidos, como Bhopal, na Índia, e Cubatão, no Brasil. (THOMÉ, 2014, p. 26)

O autor afirma, ainda: “Mas, se os impactos negativos diretos afetam, num primeiro momento, as populações mais carentes de países periféricos, afetarão, via de consequência, os países desenvolvidos, desencadeando o já mencionado efeito bumerangue” (THOMÉ, 2014, p. 25-26).

Para Ulrich Beck (2011, p. 53), o efeito bumerangue pode ser explicado como aquele em que os países ricos transferem os riscos do desenvolvimento para os países pobres. No entanto, “reincorporam” esses riscos quando adquirem alimentos baratos. Os pesticidas retornam à sua origem. Portanto, segundo ele, “a pauperização do risco” nos países em desenvolvimento contagia os países ricos.

Segundo Jacques Demajorovic (2003, p. 33), até metade da década de 1980, quando se falava em riscos produzidos pela atividade empresarial no que se referia principalmente a possíveis problemas advindos da degradação ambiental, o entendimento prevalente era de que custos adicionais para preservar o meio ambiente poderiam comprometer a lucratividade das empresas.

Portanto, privilegiavam-se, até então, as atividades empresariais. Para isso, entendia-se que a sociedade deveria arcar com os custos ambientais, ou seja, toda a externalidade negativa do negócio era transferida para a coletividade.

No entanto, o desenvolvimento da indústria e da ciência, além de trazer consigo bem-estar à coletividade, como aumento de emprego e, com isso, maior possibilidade de consumo, trouxe também sinais de esgotamento ambiental.

A partir do entendimento antropocêntrico de que o meio ambiente existe para satisfazer o homem, este passou a utilizá-lo como propriedade individual, sem se preocupar com os impactos ambientais de suas atividades.

Contudo, segundo Demajorovic (2003, p. 33), a partir de meados de 1980, a visão de que apenas a atividade empresarial podia trazer riqueza e bem-estar passou a ser questionada. O desenvolvimento sustentável já se mostrava como uma necessidade.

Ao mesmo tempo em que a questão ambiental multiplicava os debates sobremesas temática em diversos países, o setor público, por meio de suas agências ambientais, aprimorava a regulação ambiental, convertendo os danos e as ameaças ao meio ambiente em custo direto para os negócios. (DEMAJOROVIC, 2003, p. 34)

Torna-se claro, portanto, que a produção de riscos ambientais advindos das atividades industriais e da ciência deve ser entendida como efeito colateral do desenvolvimento econômico.

De acordo com Ulrich Beck, não se busca frear o desenvolvimento e sim minimizar os efeitos colaterais gerados pela sociedade de risco, entendimento que pode ser observado nas palavras do autor:

Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente produzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de "efeitos colaterais latentes", isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou totalmente) aceitável? (BECK, 2011, p. 24)

Segundo D'Ávila,

Os riscos que hoje surgem, distintos daqueles que assolavam a humanidade na época Medieval e daqueles que se fizeram conhecer no início do processo de industrialização, são em sua invisibilidade, caracterizados pela globalização e irreversibilidade de sua ameaça. (D'ÁVILA, 2005, p. 28-29)

Nos dizeres de Silva Sánchez (2011, p. 9), há algum tempo, notou-se a necessidade de proteger bens jurídicos tradicionalmente considerados como abundantes, pois percebeu-se que, na verdade, tais bens apresentam-se como escassos na sociedade:

Por otro lado, debe aludirse al deterioro de realidades tradicionalmente abundantes que en nuestros días empiezan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso, por ejemplo, el medio ambiente.¹⁰ (SÁNCHEZ, 2011, p. 9)

Com esse mesmo entendimento, Kátia Ribeiro e Pablo Gran Cristóforo (2015, p. 131) descrevem que, atualmente, a sociedade vivencia uma grande contradição, pois, com a evolução tecnológica, a população experimenta uma sensação de conforto e bem-estar nunca antes experimentada. Juntamente com esse avanço tecnológico e industrial, surge a dificuldade em lidar com o conhecimento adquirido, sem colocar em perigo a saúde da coletividade, presenciando-se, dessa forma, consequências negativas advindas do suposto desenvolvimento tecnológico e econômico.

Portanto, vê-se que a sociedade, da forma como se encontra, traz grande perigo aos bens jurídicos coletivamente considerados, dentre os quais o bem ambiental, tornando-se necessário equilibrar o desenvolvimento tecnológico e o econômico com o meio ambiente sadio para a consecução do desenvolvimento sustentável.

Nas palavras de Ulrich Beck,

No século XIX, a modernização se consumou contra o pano de fundo de seu contrário: um mundo tradicional e uma natureza que cabia conhecer e controlar.

¹⁰ Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a se manifestar como bens escassos, atribuindo a eles, agora, um valor que anteriormente não era atribuído, ao menos de forma explícita, como, por exemplo, o meio ambiente. (Tradução nossa)

Hoje na virada do século XXI, a modernização consumiu e perdeu seu contrário, encontrando-se a si mesma em meio a premissas e princípios funcionais socioambientais. [...] se no século XIX, foram os privilégios estamentais e as imagens religiosas do mundo que passaram por um desencantamento, hoje é o entendimento científico e tecnológico da sociedade industrial clássica que passa pelo mesmo processo. (BECK, 2011, p. 13)

José Rubens Morato Leite (2012, p. 158) entende que os danos ambientais têm potencialidade em projetar seus efeitos no tempo, sendo incerto o controle de sua real periculosidade, citando como exemplo os danos anônimos, que, segundo ele, são aqueles que na atualidade não são conhecidos, os cumulativos e os invisíveis. De acordo com o autor, esses riscos podem prejudicar as presentes e as futuras gerações.

Para Ulrich Beck (2011, p. 363), os riscos fabricados pela sociedade moderna apresentam-se sob três aspectos: as suas causas e as consequências não se limitam a apenas um espaço geográfico, falando-se em onipresença; há, portanto, uma deslocalização. O segundo aspecto diz respeito à impossibilidade em se calcular os efeitos trazidos por essa sociedade, ou seja, a incalculabilidade. O terceiro aspecto refere-se à não compensabilidade, os eventos causados pela sociedade de risco não são compensáveis.

Hoje em dia, algumas das grandes preocupações mundiais quanto aos riscos produzidos pelo crescimento econômico referem-se ao meio ambiente, como danos nucleares, danos atinentes à produção de alimentos transgênicos, danos causados pelo aquecimento global, o excesso de gases causadores do efeito estufa.

Segundo Romeu Thomé (2014, p. 16), os impactos causados ao meio ambiente mostram-se como efeito colateral à crescente economia na sociedade industrial. Para o autor, pode ser que “talvez já se esteja vivenciando, há algum tempo, o processo de convergência dos conflitos da sociedade, que distribui riquezas com as da sociedade que distribui riscos” (THOMÉ, 2014, p. 16).

Ulrich Beck assim define a preocupação da sociedade:

O que preocupa as pessoas hoje em dia é o pressentimento de que a certeza antropológica da modernidade está alicerçada em areia movediça. É o medo de que o tecido de nossas necessidades materiais e obrigações morais possa rasgar, e de que o delicado sistema funcional da sociedade mundial de risco colapse. (BECK, 2011, p. 370)

No entendimento de Luis Gracia Martín, a sociedade, hoje, passa por uma grande insegurança, já que não se sabem ao certo os efeitos dos riscos produzidos na atualidade. São estas as palavras do autor:

Características desses novos riscos são tanto suas grandes dimensões como a indeterminação do número de pessoas potencialmente ameaçadas. Essa realidade própria da dinâmica da sociedade moderna, permitiria compreender esta mesma sociedade como sociedade de insegurança objetiva. (MARTÍN, 2005, p. 49)

Para José Rubens Morato Leite (2012, p. 160), os riscos, atualmente, possuem uma enorme aptidão de expor uma série indeterminada de indivíduos a situações perigosas, havendo a possibilidade de sua proliferação, que podem ser chamados de riscos globais intergeracionais.

Observa-se, portanto, que o risco pelo qual passa a sociedade é real e deve ser equacionado; caso não haja uma ação estatal efetiva, a sociedade estará condenada, visto que os problemas ambientais ocorrem de forma difusa, ou seja, de forma inespecífica e indivisível e os seus efeitos dão-se de forma global.

Interesses difusos, segundo Mazzilli,

São interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. [...] São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas. (MAZZILLI, 2013, p. 53)

Dessa forma, consigna-se que interesse difuso é aquele atinente a pessoas indetermináveis. Destarte, na presença de um dano ambiental, não apenas o grupo de moradores da região é lesado, mas, também, as próximas gerações poderão sofrer os efeitos nefastos advindos daquele evento.

Torna-se claro, portanto, que, ao se ter como objetivo o desenvolvimento sustentável, deve-se compatibilizar progresso científico, tecnológico, econômico e meio ambiente saudável. Para que se consiga atingir tal desiderato, mostra-se necessário que se minimizem os riscos produzidos pela sociedade.

De acordo com o que foi analisado linhas atrás, percebe-se que existem mecanismos jurídicos voltados à proteção do Direito Ambiental, inclusive prevenindo a ocorrência do dano.

Segundo Luis Gracia Martín (2005, p. 48), o Direito Penal moderno mostra-se como aquele próprio de uma sociedade de risco, no qual o controle e a prevenção de riscos devem ser gerenciados pelo Estado. Para que se consiga chegar a esse objetivo, o legislador edita tipos de perigo abstrato como instrumentos necessários e adequados a tutelar os novos bens jurídicos.

Nas palavras do autor supracitado, “o Direito Penal moderno, ou parte considerável do mesmo, é denominado Direito Penal do Risco” (MARTÍN, 2005, p. 48).

No entanto, volta-se ao ponto de que, além de ser útil à tutela dos interesses transindividuais, os crimes de perigo abstrato precisam de legitimação.

De acordo com o que foi dito, alguns doutrinadores entendem que a solução para os problemas advindos de uma sociedade do risco não deveria sequer passar pelo Direito Penal e sim pelo Direito Administrativo. Essa é a crítica citada por Luis Gracia Martín, no entendimento de alguns autores:

O lugar natural para a solução dos problemas específicos da sociedade de riscos, isto é, para a proteção da segurança, é o direito de polícia, o direito administrativo sancionador, ao qual pertencem na verdade os tipos de perigo abstrato até o ponto de que não deveriam ocupar nenhum espaço no Direito Penal. (MARTÍN, 2005, p. 99)

Certo é que a doutrina penal tradicional não se mostra eficaz ou legítima para solucionar problemas advindos da sociedade do risco, pois seus institutos foram pensados para tutelar bens jurídicos individuais. Contudo, há maior certeza ainda na necessidade em se proteger interesses coletivos e, para isso, vozes surgem no sentido de que não será possível tal proteção sem uma reformulação do próprio Direito Penal.

4.1 A necessária reformulação do Direito Penal clássico em prol da proteção de novos riscos

No entendimento de Romeu Thomé (2014, p. 42-43), a partir da necessidade de se proteger o meio ambiente, muitos países passaram a incluir a garantia do equilíbrio do meio ambiente para a saúde dos indivíduos em suas Constituições. Segundo ele, a constitucionalização do Direito Ambiental apresenta-se como uma das maiores conquistas do final do século XX.

O autor acima citado explica que a primeira Constituição brasileira, de 1824, não trazia em seu bojo qualquer referência à proteção ambiental, sendo observada essa ausência nos outros cinco textos constitucionais supervenientes. Isso quer dizer que as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967/69 não continham tutela ambiental, já que se entendiam os recursos ambientais apenas em sua faceta econômica.

Contudo, a Constituição de 1988, com uma visão menos utilitarista a respeito dos recursos naturais, estabeleceu em seu artigo 225 que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de

vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Portanto, está aí expresso o direito fundamental do homem ao meio ambiente equilibrado.

Segundo Romeu Thomé, até meados da década de 1970, o meio ambiente era visto apenas de forma utilitarista. O autor cita Adriano Stanley, que destaca a passagem da visão utilitarista para a protecionista:

Somente com a Constituição de 1988, fruto do movimento ambientalista que passou a marcar o Brasil a partir da década de 1970, é que o meio ambiente passou a ser considerado como um bem jurídico em se mesmo considerado, constituído pelo complexo de recursos naturais na formação do ecossistema indispensável à vida terrestre, levando o legislador a se conscientizar da necessidade de se criar normas de proteção efetivamente ambientais, ou seja, com o objetivo de se proteger o ecossistema em si e não uma atividade deste dependente. (THOMÉ, 2014, p. 43-44)

Ainda, de acordo com Romeu Thomé,

O meio ambiente equilibrado foi reconhecido como direito fundamental de terceira geração pela declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, segundo o qual “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de adequadas condições de vida em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”. A declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹¹, reafirmou a fundamentalidade desse direito. (THOMÉ, 2014, p. 122-123)

Portanto, a partir dos avanços tecnológicos e científicos, a sociedade adotou em seu cotidiano uma utilização arbitrária e inconsequente do meio ambiente que pode levá-lo à exaustão.

Segundo Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2006, p. 245), “desde sua aparição, o homem – como qualquer outro ser vivo – por necessitar utilizar determinados recursos naturais para a sobrevivência, transforma a natureza, influenciando e causando algum impacto nos diversos ecossistemas existentes”.

Atualmente, o mundo vive uma grave crise ambiental e, de acordo com Antônio Herman Benjamin (2012, p. 86), essa crise apresenta várias facetas elevadas a níveis globais, apresentando riscos ambientais de várias naturezas, como contaminação das águas, do ar e dos alimentos. Segundo o autor, a sociedade atual espera mais proteção contra tais riscos, não

¹¹ Princípio I: “Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”. (NAÇÕES UNIDAS, 1992)

apenas proteção contra arbítrios do Poder Público, mas também há necessidade de se salvaguardar a sociedade de condutas advindas de particulares.

São palavras de José Rubens Morato Leite: “Toda esta proliferação das situações de risco acaba por vitimizar não só a geração presente como também as futuras gerações” (LEITE, 2012, p. 159).

Reafirmando o entendimento de José Rubens Morato Leite, Beatriz Souza Costa defende que:

É confortável afirmar neste trabalho que a proteção do direito a vida está garantida, sim, com Vida antes da Vida. Ou melhor, o direito e proteção dos não nascidos está garantido na própria Constituição brasileira, quando expõe, em seu art. 225, o direito das gerações futuras. Portanto, não se pode esquecer de que um elemento importantíssimo nessa teoria é a solidariedade humana, explanada neste trabalho. (COSTA, 2013, p. 117)

No entanto, observa-se a necessidade de institutos capazes de realmente promover a preservação ambiental anunciada na Constituição.

Segundo Américo Braga Júnior (2015, p. 140), o Direito Penal tem-se modernizado para atender aos anseios da sociedade atual. De acordo com o autor, o ordenamento jurídico brasileiro, que sempre se pautou em um paradigma liberal individualista, se vê compelido a expandir-se para proteger bens jurídicos agora coletivos.

No entendimento de Américo Braga Júnior (2015, p. 140), a expansão ou modernização do Direito Penal encontra-se dividida em duas facetas: formal e material. O aspecto formal diz respeito à grande criminalização de condutas, ou seja, à inflação legislativa para tentativa de resolução de problemas sociais. O aspecto material se refere à relativização de alguns princípios atinentes ao Direito Penal e é justamente nesse aspecto que residem as maiores críticas à sua expansão.

De acordo com Luis Gracia Martín (2005, p. 42), o que outrora era denominado Direito Penal moderno, o qual rompeu com o Direito Penal autoritário da monarquia absoluta, legitimando sua aplicação com limites ao Estado, hoje é chamado de Direito Penal clássico, cedendo lugar ao novo Direito Penal, que agora é chamado de Direito Penal moderno.

Segundo o autor acima citado, a denominação correta do Direito Penal clássico deveria ser Direito Penal liberal, já que apresenta fundamentos no Estado liberal.

Razão assiste ao autor, pois o Direito Penal clássico, ou tradicional, preocupa-se primordialmente em respeitar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, tornando-se, assim, um Direito Penal garantista.

Percebe-se claramente que a preocupação do Direito Penal em intervir o mínimo possível na atuação do indivíduo perpassa a presença de vários princípios constitucionalmente a ele aplicáveis.

Vários autores, segundo Luis Gracia Martín (2005, p. 103), criticam a modernização do Direito Penal, pois, segundo eles, a tradição liberal é garantista, ou seja, a teoria do bem jurídico sempre se pautou em criminalizar condutas relevantemente lesivas a bens determinados e, ao mesmo tempo, descriminalizar condutas irrelevantes. Enquanto o bem jurídico no Direito Penal moderno iria na contramão desse entendimento; isso quer dizer que, a partir do entendimento da necessária expansão do Direito Penal, as garantias penais tradicionais (e, dessa forma, o próprio Estado de Direito e a democracia) estariam liquidados.

Para os contrários ao Direito Penal moderno, não se poderia nem sequer falar em aumento de segurança na expansão desse Direito, sendo estas as palavras de Luis Gracia Martín: “pois bem, para a crítica, o Direito Penal moderno teria também na escala de seu funcionamento real uns custos que só podem ser avaliados em sentido desfavorável” (MARTÍN, 2005, p. 103).

E continua o autor:

Em uma contemplação global, o Direito Penal moderno, diz-se, caracterizar-se-ia porque na verdade a função real que estaria cumprindo não seria a função instrumental de proteção de bens jurídicos que lhe corresponde propriamente e para a qual se legitima o Direito Penal; mas é que nem sequer cumpriria realmente as funções que motivam a expansão, que seriam a de proporcionar segurança à sociedade e a de promover ou gerir os novos interesses da sociedade. (MARTÍN, 2005, p. 103)

Com o entendimento do autor, percebe-se que os doutrinadores contrários à modernização do Direito Penal acreditam que a expansão deste não consegue atingir seu objetivo, que é levar segurança à sociedade, pois, para eles, o que realmente se consegue com a reformulação do Direito Penal é trazer para o campo social a função simbólica do Direito Penal. Esse aspecto será detalhado à frente.

Contudo, a par das críticas à modernização do Direito Penal, percebe-se, como foi dito acima, que a sociedade de risco trouxe consigo perigos de danos irreparáveis à sociedade. Esse é o caso da lesão a bens jurídicos ambientais, os quais se mostram como transindividuais ou metaindividuais.

Silva Sánchez (2011, p. 11-12) expressa o importante papel do Direito Penal na proteção dos bens jurídicos acima destacados:

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Dessa forma, parece obrigado ter em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, a aparição de novos bens jurídicos - de novos interesses e de novos valores de interesses preexistentes - E ao aumento de valor experimentado por alguns que já existiam com anterioridade, que poderia legitimar sua proteção através do Direito Penal. As causas da provável existência de novos riscos jurídicos penais são seguramente distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam [...] - Por outro lado deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes e que em nossos dias começam a apresentar-se como bens escassos. (SÁNCHEZ, 2011, p. 11-12)

Observa-se, portanto, que a necessidade de salvaguardar bens juridicamente coletivos, como o meio ambiente, torna-se proeminente e que o Direito Penal é um ramo capaz de realizar essa tutela.

Contudo, a dúvida que subsiste é a necessidade ou não de reformulação do Direito Penal para proteção de tais bens. O Direito Penal clássico possui mecanismos aptos para proteger bens jurídicos coletivos?

Quando se fala em um Direito Penal do risco ou na necessidade de se proteger de perigos, modifica-se a dogmática penal clássica, já que ela existe para reprimir condutas que causem resultados lesivos a bens jurídicos determinados.

Por esse motivo, alguns autores entendem que o Direito Penal tradicional, com todos os institutos atinentes a ele, não se mostra capaz de tutelar bens jurídicos supraindividuais, em relação aos quais a prevenção é uma necessidade.

Ao se aceitar que o Direito Penal seja o ramo jurídico correto para proteger os novos bens jurídicos advindos da sociedade do risco, percebe-se que deve haver uma reformulação desse Direito Penal, dando-lhe legitimidade para atuar mesmo antes da produção do resultado, prevenindo-o. Essa reformulação, segundo alguns autores, será conseguida por meio de um Direito Penal secundário.

5 DIREITO PENAL SECUNDÁRIO

De acordo com Jorge de Figueiredo Dias (2006, p.15), a partir da Revolução Francesa e incremento do Estado de direito formal, houve grande alteração em âmbito administrativo. Contudo, o Direito Penal permaneceu com sua índole jusnaturalista, ou seja, continuou tutelando direitos subjetivos individuais.

Ainda segundo Dias (2006, p.15), a administração pública, após a Revolução Francesa, passou a limitar suas ações por meio do princípio da legalidade e concentrou a proteção à coletividade na antecipação da produção de perigos. A partir daí surgiu o Direito Penal policial, que com o tempo passou a ser denominado Direito Administrativo. O Direito Administrativo, basicamente, distinguia-se do Direito Penal judicial por não se ater a direitos subjetivos individuais e sim a perigos a pessoas indeterminadas.

A denominação Direito Penal secundário tem origem na divergência doutrinária a respeito da necessidade ou não de alteração ou reformulação do Direito Penal clássico para enquadrá-lo aos novos riscos sociais.

Segundo Luis Gracia Martín,

O adjetivo moderno sugere justamente, quando se considera indispensável marcar diferenças substanciais entre o ontem e o hoje, de modo que o fato de que seja necessário sublinhar o presente com um vocábulo novo implica que o mesmo é visto como algo absolutamente distinto do anterior, que adquire com isso a conotação de algo já superado. (MARTÍN, 2005, p. 9)

Portanto, seguindo a orientação do autor, poder-se-ia imaginar que o Direito Penal moderno veio para substituir o obsoleto Direito Penal antigo. Contudo, o Direito Penal secundário não visa substituir o Direito Penal clássico. Trata-se apenas de um ramo extravagante do Direito Penal.

A ideia de um Direito Penal secundário não significa a existência de um Direito Penal principal e sim de um Direito Penal primário, ou seja, aquele atinente à tutela de interesses individuais.

O Direito Penal que se busca para tutelar interesses coletivos é secundário por se entender que o Direito Penal individualmente considerado, tutelado pelo Direito Penal primário, com suas sanções repressivas, não se presta à tutela de bens transindividuais, já que, para estas, há necessidade de proteção eminentemente preventiva.

O que se quer com a implantação do Direito Penal secundário é a autonomia frente ao Direito Penal clássico, principalmente no que se refere ao Direito Penal Ambiental, visto

que esse ramo do Direito, como já foi exaustivamente demonstrado, possui princípios próprios com eficácia na proteção dos seus bens por meio de tutela preventiva.

A intenção é vincular o Direito Penal aos princípios preventivos do Direito Ambiental, formando um ramo autônomo do Direito Penal, principalmente por meio dos crimes de perigo abstrato, já que o problema pelo qual passa o Direito Penal clássico preventivo se reflete de forma direta na sua própria legitimação.

De acordo com Jorge Figueiredo Dias,

De um ponto de vista jurídico-formal, Direito Penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objecto de legislação extravagante e contem, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo. (DIAS, 2006, p. 27)

Segundo o autor, para conhecer a essência do Direito Penal secundário, é necessário que se entenda a essência do Direito Penal Administrativo. São estas as palavras do autor:

O que importa é determinar como estamos hoje perante o problema do direito pano administrativo; encontrada a resposta para esta pergunta e determinada a essência do Direito Penal administrativo, determinada ficará do mesmo passo a essência do Direito Penal secundário. (DIAS, 2006, p. 27)

Para Dias (2006, p. 30), o Direito Penal Administrativo evoluiu e, hoje, surge de nova roupagem como Direito Penal secundário. Segundo Fábio D'Ávila,

A ampliação do Direito Penal secundário, com o surgimento de novos espaços, cada vez mais complexos, de intervenção jurídico-penal, tem levado a um progressivo distanciamento do ilícito penal em relação aos vínculos objetivos que implicam o reconhecimento da ofensividade como elemento de garantia. (D'ÁVILA, 2006, p.78)

Com esse entendimento, D'Ávila (2006, p. 78) defende que o Direito Penal secundário vem ganhando espaço na proteção de novos bens jurídicos e isso dá a ele uma certa autonomia, ou seja, o Direito Penal secundário não se encontra tão arraigado aos princípios garantidos constitucionalmente como ocorre com o Direito Penal tradicional, principalmente no que se refere ao princípio da ofensividade.

No entendimento de D'Ávila (2006, p. 78), apesar de se saber da importância do crime como lesão a um direito subjetivo da vítima, há muito tempo ficou claro que não se pode entender esse conceito com tamanha singeleza. Percebe-se, portanto, que, na realização de determinadas condutas ilícitas, não há violação a um direito subjetivo de determinado indivíduo, como o que ocorre quanto aos crimes contra a moral sexual ou contra a religião.

De acordo com o autor, seria possível falar em violação ao princípio da ofensividade se o crime fosse entendido apenas como lesão a direito subjetivo da vítima, mas é necessário que se pense também em lesão a um direito subjetivo do Estado, quando este protege bens jurídicos que não pertencem a determinada pessoa individualmente considerada. “Reconhecer, para além da violação de um direito subjetivo di indivíduo, também a violação de um direito subjetivo do Estado como um fato criminoso, é algo não só possível, mas presente no pensamento de autores como Feuerbach” (D’ÁVILA, 2006, p. 78).

Portanto, já que não há que se falar apenas em ofensa ao direito subjetivo quando da ocorrência de um crime, a própria compreensão de ofensividade sofre reanálise, pois o direito continua hígido, o que se ofende é um bem jurídico, um objeto protegido pela norma.

O Direito Penal tradicional não se mostra compatível com os novos problemas advindos da globalização. Além disso, percebe-se que há necessidade de um Direito Penal sobretudo preventivo, capaz de tutelar, inclusive, os interesses das próximas gerações.

Segundo Costa (2010, p. 10), a prevenção do delito não deveria pertencer ao Direito Penal, já que esse é um ramo eminentemente repressivo. No entanto, a necessidade de se evitar danos à coletividade passou a ser um ponto nevrálgico e inescapável para um Direito Penal do futuro.

No entanto, a prática de política criminal exercida pelo Estado, de acordo com D’Ávila (2006, p. 85), deve estar associada aos compromissos assumidos pela Constituição, demonstrando-se necessário que se confirmem limites seguros para processos de criminalização ou descriminalização de condutas.

E continua o autor:

Há necessidade de trabalharmos com critérios constitucionais suficientemente aptos a delimitar adequadamente os processos legislativos e hermenêutico-aplicativo. A discussão desloca-se dessa forma, do plano constitucional para o questionamento sobre a exigência de uma exigência constitucional de ofensividade, o que tornaria a ofensa a bens jurídico penais, para além de elemento de orientação um dos principais limites de contenção da política criminal contemporânea. (D’ÁVILA, 2006, p.85)

De acordo com Oliveira e Torres (2015, p. 36), a pergunta que se deve fazer é se o Direito Penal poderia relativizar a sua própria dogmática em prol da tutela a bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente. São estas as palavras dos autores:

O Direito Penal construído com base nos ideais iluministas serviu para impor limites ao jus puniendi do Estado. Nele, foram confeccionados vários princípios como: ofensividade, culpabilidade, intrascendência penal, individualização da pena, insignificância, além de teorias sobre imputação, conduta, tipicidade, bem jurídico

dentre outros. Porém a questão que agora se impõe é: seria possível conceber que o Direito Penal tutele o meio ambiente relativizando sua própria dogmática? (OLIVEIRA; TORRES, 2015, p. 36)

Há quem entenda que, se o Direito Penal passar a se preocupar com a proteção de bens jurídicos de futuras gerações, deixará de ser a *ultima ratio*, abandonando-se, assim, a ideia de Direito Penal mínimo. Esse é o entendimento de Costa (2010, p. 11).

Alguns doutrinadores, como Gouvêa de Figueiredo (2013, p. 95), entendem que não se pode administrativizar o Direito Penal, ou seja, o Direito Penal não pode assumir uma nova postura, abandonando o conteúdo liberal do bem jurídico individual. O autor cita, ainda, as teorias de Mir Puig, que aborda uma supervalorização do interesse coletivo em detrimento do direito individual (PUIG *apud* FIGUEIREDO, 2013, p. 95).

Para o autor acima citado, a questão fulcral, no que se refere ao Direito Penal atual, gira em torno da seguinte pergunta: o Direito Penal deve tutelar os novos riscos advindos do desenvolvimento tecnológico, defendendo bens jurídicos coletivos, ou deve continuar restrito ao seu âmbito clássico de tutela?

Para responder a tal indagação, é necessário saber se os direitos coletivos ou supraindividuais são realmente bens jurídicos. Nas palavras de Guilherme Gouvêa Figueiredo:

No intuito de discorrer sobre os problemas essenciais que se fazem nota, quando da proteção jurídico-penal de interesses coletivos se trata, o primeiro deles que se pronto nos salta aos olhos quando se intenta uma abordagem mais pormenorizada, é o de logra saber se, neste campo, estamos diante de autênticos bens jurídicos. (FIGUEIREDO, 2013, p. 99)

Figueiredo (2013, p. 99) preleciona que, no momento atual, quem melhor fala sobre a autonomia do Direito Penal secundário é Klaus Tiedmann que, a partir da preocupação com o Direito Penal econômico, identifica-o como bem jurídico supraindividual que merece punição autônoma independentemente dos interesses jurídicos individuais, o qual constitui-se um fim em si mesmo.

Mas, mesmo entendendo que os direitos supraindividuais se apresentam como bens jurídicos, não se deve perder de vista que isso não basta para encerrar o debate a respeito do entendimento acerca dos necessários limites à intervenção do Direito Penal (PUIG, 2008, p. 208).

Figueiredo Dias (2013, p. 102), citado por Guilherme Gouvêa Figueiredo, faz uma separação entre o Direito Penal clássico, que tutela bens jurídicos individuais, e o Direito Penal extravagante ou secundário, sendo que o Direito Penal clássico ou de justiça garantiria

proteção aos direitos e garantias individuais previstos constitucionalmente, enquanto o Direito Penal secundário tutelaria os direitos sociais e econômicos (DIAS *apud* FIGUEIREDO, 2013, p. 103).

No entanto, esse entendimento não é uníssono, já que vários autores divergem a respeito da existência ou não de um Direito Penal secundário. A grande dúvida é se o Direito Penal deve tutelar direitos que não dizem respeito a uma pessoa determinada. Há quem entenda que se pode falar em tutela de direitos sociais apenas quando a ofensa disser respeito a um indivíduo, ou seja, o Direito Penal só se legitimaria para a proteção do indivíduo frente ao Estado.

São estas as palavras de Michael Marx, citado por Guilherme Gouvêia: “o Direito Penal só se justificaria para a proteção do indivíduo frente ao Estado, sendo ele (indivíduo) o Eixo ou o núcleo axiológico ao redor do qual a ordem jurídico-penal deve entremostrear-se” (MARX *apud* FIGUEIREDO, 2013, p. 103).

Portanto, todos que defendem essa tese entendem que o Direito Penal deve ter como base central o ser humano. Só seria possível falar em bens jurídicos sociais quando houvesse interesses do indivíduo frente ao Estado. Só se poderia, portanto, falar em Direito Penal Ambiental quando houvesse uma lesão ao indivíduo considerado em si mesmo.

Outros autores defendem a ideia de que há bens jurídicos sociais ou coletivos. E, se há uma danosidade social, independentemente de se identificarem ou não os indivíduos atingidos, o Direito Penal deve estar apto a tutelá-la.

Vê-se, portanto, que a tutela dos novos riscos sociais apresenta muita divergência doutrinária; mesmo entendendo que há bem jurídico coletivo, é necessário saber se tais bens apresentam interesse e legitimidade de proteção penal.

O problema torna-se mais relevante quando, utilizando o princípio da intervenção penal mínima, percebe-se que o Direito Penal deve se ater ao mínimo indispensável à proteção da sociedade.

Segundo Luigi Ferrajoli,

Está claro que o Direito Penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Com isso resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. (FERRAJOLI, 2014, p. 102)

Em contraponto a esse entendimento, Ferrajoli explica em que consiste o Direito Penal máximo:

O modelo de Direito Penal máximo, quer dizer, incondicional e ilimitado, é o que se caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. (FERRAJOLI, 2014, p. 102)

Portanto, ao seguir-se o entendimento de Ferrajoli, (2014, p. 102), o Direito Penal não teria legitimidade para tutelar bens de pessoas indeterminadas por meio de mitigação de princípios garantistas, não se podendo, portanto, falar em Direito Penal secundário.

Além disso, percebe-se que há dificuldade em se conjugar o núcleo dos bens supraindividuais com a necessidade de proteção penal, visto que, na maioria das vezes, há necessidade de relativização dos princípios penais e, conseqüentemente, da sua própria dogmática.

No momento em que o legislador imagina uma forma de proteger bens jurídicos difusos, por muitas vezes, ele precisa se afastar do princípio da ofensividade. Porém, afastando-se de bases penais constitucionalmente previstas, o tipo penal apresenta-se vago e impreciso, sendo este um dos grandes obstáculos à consecução da tutela penal necessária a direitos sociais.

Quanto à proteção desses bens jurídicos coletivos, a doutrina encontra-se diante de uma realidade totalmente diversa daquela já sedimentada quanto ao bem jurídico individual e vê-se com poucas alternativas: ou adota a postura de descriminalizar essas condutas e deixar a outros ramos do Direito sua resposta ou adota uma postura de aplicar a tais condutas o Direito Penal, mesmo que, para isso, precise relativizá-lo em alguns pontos. Sendo este o entendimento de Figueiredo:

Quando em por objeto bens jurídicos universais, a doutrina do bem jurídico vê-se diante de uma realidade diversa da existente no momento do seu surgimento e da eleição de seus pressupostos teóricos. Mais, vê-se diante de alternativas não poucas em conseqüências práticas: ou opta por uma concepção restrita e inadequada aos constantes apelos de neocriminalização, porém dotada de potencial crítico-sistemático ou, em sentido oposto, adota uma concepção menos precisa, porém mais complacente com a realidade. (FIGUEIREDO, 2013, p. 116)

Falando-se especificamente em meio ambiente, percebe-se que a doutrina clássica do Direito Penal não possui institutos eficientes e legítimos para protegê-lo.

A grande maioria dos ilícitos ambientais traduz-se em crimes de perigo abstrato e, nesse tipo de crime, o legislador, antes mesmo da ocorrência do resultado, deve tipificar condutas perigosas ao meio ambiente.

O Direito Penal não pode punir todas as ações que causem degradação ao meio ambiente, pois várias delas são toleradas e até fomentadas pelo ordenamento jurídico, não podendo haver uma proteção absoluta a esses bens, pois, se assim fosse, haveria o sacrifício de interesses tutelados pelo Estado, como o desenvolvimento econômico.

A utilização de substâncias poluentes, por exemplo, apresenta-se como crime ambiental, mas o legislador tem que estabelecer o limite ou grau de aceitabilidade para o uso dessas substâncias, caso contrário criar-se-ia um entrave ao desenvolvimento econômico.

Alguns doutrinadores falam da necessidade de acessoriedade administrativa, pois entendem os delitos ambientais como normas penais em branco, ou seja, normas penais que precisam de um complemento advindo do Direito Administrativo. Este é o caso do artigo 29 da Lei 9.605/1998, que prevê ser crime ambiental matar, perseguir, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida.

Contudo, para outros estudiosos do assunto, como Guilherme Gouvêia Figueiredo, o Direito Penal não pode guardar uma dependência extrema em relação ao Direito Administrativo e nem de outro ramo do Direito, visto que, com a sua dogmática, deve conseguir resolver os problemas sociais a ele apresentados.

[...] É preciso ter em conta que há distintas formas de acessoriedade administrativa, devendo-se optar por aquela que confira ao Direito Penal condições de disponibilizar uma proteção destacada, capaz de satisfazer as exigências político-criminais - e também aquelas que surgem de um ponto de partida especificamente dogmático - que distinguem o "penal" de outros ramos do direito, especialmente do direito administrativo. (FIGUEIREDO, 2013, p. 158)

Mas, havendo necessidade de utilização do Direito Administrativo, deve existir um equilíbrio, não podendo o Direito Penal se mostrar como absoluto a ponto de sua rigidez frear o desenvolvimento econômico, ao mesmo tempo em que não se pode aceitar que o Direito Administrativo se sobreponha ao Direito Penal, criando uma extrema situação de dependência.

O que se busca na proteção ambiental, quando necessário, é uma dependência relativa do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo. O Direito Penal deve tipificar a conduta e o Direito Administrativo, determinar o *quantum* de ofensividade daquele comportamento.

Citando Guilherme Gouvêa Figueiredo,

De fato, a técnica dos crimes de perigo abstrato, mesmo apresentando manifesto problemas dogmáticos e de legitimidade, é proclamada por grande parte da doutrina como a única solução técnico-legislativa capaz de oferecer uma proteção eficaz, abarcando todos os comportamentos ofensivos para o meio ambiente. (FIGUEIREDO, 2013, p. 186-187)

Alguns autores, entretanto, entendem que o Direito Penal, como *ultima ratio*, não apresenta perigo efetivo, ou seja, não pode atuar na prevenção de lesões por meio de presunção do perigo, pois, segundo esse pensamento, a prevenção de danos sociais deve ficar a cargo do Direito Administrativo de polícia sancionador.

5.1 Administrativização do Direito Penal

Como foi dito acima, o Direito Penal judicial distinguia-se do Direito Penal de polícia ou Direito Administrativo, por aquele proteger bens jurídicos individuais, enquanto este se preocupava em tutelar bens jurídicos sociais, antecipando-se ao perigo.

Contudo, no entendimento de Jorge de Figueiredo Dias (2006, p.15), o Direito Penal de justiça e o Direito Penal de polícia entraram em crise após a Primeira Guerra Mundial, momento em que a sociedade iniciava uma busca por maior intervenção do Estado na vida social. Para o autor essa crise persiste até os dias atuais.

Para Bruno Salles Pereira Ribeiro (2015, p. 178), no entendimento de Miguel Reale Júnior, os danos coletivamente considerados seriam tutelados pelo Direito Administrativo Penal. Estando, portanto, sujeito à instância administrativa, mas obedeceria a algumas garantias e limitações inerentes ao Direito Penal.

São palavras de Bruno Salles Pereira Ribeiro:

Ainda, advoga o ilustre professor da faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que deveria ser estruturada uma Parte Geral para as leis tipificadas das infrações administrativo-penais, criando-se assim, princípios ordenadores do conjunto normativo, aos quais se aliariam alguns princípios e garantias de Direito Penal. (RIBEIRO, 2015, p. 178)

Segundo Bruno Salles Ribeiro (2015, p. 179), no entendimento de Miguel Reale, na parte geral do Direito Administrativo Penal, encontrar-se-iam os princípios de Direito Penal e as definições sobre os elementos subjetivos do tipo administrativo penal.

Para Luis Gracia Martín (2005, p. 99), os críticos da modernização do Direito Penal entendem que os problemas causados pela sociedade de risco fazem parte do Direito de polícia, ou seja, deveriam ser resolvidos pelo Direito Administrativo sancionador.

Ainda segundo as palavras de Luis Gracia Martín, para aqueles contrários à expansão do Direito Penal, é certo que quando há punição por meio de crimes de perigo abstrato de riscos coletivamente considerados, há a violação do princípio da legalidade, já que os delitos abstratamente considerados carecem de limites e de uma referência lesiva determinada, violando-se, também, o princípio da lesividade.

Diante disso, para o autor acima citado, quando se causa um dano coletivo, o que há é o desrespeito às regras sociais, a desobediência à norma. O grande aumento de condutas puníveis por meio dos crimes de perigo abstrato faz com que o Direito Penal deixe de ser a *ultima ratio* e passe a se mostrar como *primeira ratio* (MARTÍN, 2005, p. 99).

Contra a aceitação da utilização de crimes de perigo abstrato na resolução de condutas danosas a bens jurídicos coletivos, fala-se, ainda, em delitos de acumulação, ou seja, a conduta de uma pessoa individualmente considerada, de acordo com estes doutrinadores, não seria capaz de causar riscos sociais. Este é o entendimento de América Braga Júnior,

O Direito Administrativo Sancionador é essencialmente o Direito do dano cumulativo ou também, do dano derivado da repetição, que dispensa uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado ilícito. (BRAGA JÚNIOR, 2015, p.165)

Silva Sánchez (2011, p. 145), citando Lothar Kuhlen, diz que, se for analisado o delito de contaminação das águas individualmente considerado, não há que se falar em perigo. No entanto, na medida em que há a acumulação da prática, coloca-se em risco a coletividade, com a possibilidade de produção de consequências lesivas. Entende-se aqui pela existência da tipicidade formal e material. Para Kuhlen, os delitos de cumulação não aparecem como elemento hipotético e sim como elemento real.

Contudo, Silva Sánchez (2011, p. 146) entende que as controvérsias contra tal posicionamento existem e residem no fato de que a punição isolada de delitos considerados apenas na sua reiteração viola o princípio da culpabilidade. Mas há também quem defenda a necessidade de punir tais condutas, tendo em vista que se tratam de grandes riscos.

O autor cita a resposta de Kuhlen às objeções aqui apresentadas: “a réplica de Kuhlen a tais objeções é evasiva, mas contundente: trata-se de realizar uma contribuição para solução de grandes problemas mediante a proibição de ameaça de sanção de ações que prestam pequenas contribuições a realização destes problemas” (SÁNCHEZ, 2011, p. 146).

Para Kuhlen, segundo Silva Sánchez, o Direito Penal pode se mostrar como instrumento necessário para a solução de riscos sociais, quando há introdução de acres reiteradas que superem a ação individual (SÁNCHEZ, 2011, p. 146).

Um dos grandes problemas, segundo esse ponto de vista, reside no fato de que, para possibilidade de criminalização de delitos de acumulação, viola-se o princípio da proporcionalidade. Tornando crime os delitos praticados reiteradamente, seria proporcional que a pena fosse dividida entre os indivíduos.

No entanto, não é isso que ocorre, não há distribuição de penas entre os causadores do dano, cada um responde por uma pena isoladamente.

Nas palavras do autor supracitado:

Os termos de comparação quanto ao juízo de proporcionalidade são a pena que se impõe e o conteúdo do risco próprio da conduta (obviamente: isto é considerado isoladamente) de quem recebe esta pena. Pois a pena não se distribui entre o conjunto de contribuições individuais, mas é atribuído precisamente a cada sujeito separadamente. (SÁNCHEZ, 2011, p. 147)

Os delitos de cumulação podem ser exemplificados, por exemplo, por meio daquela pessoa que realiza queimada em sua fazenda. Sua conduta individualmente considerada se mostrará como um irrelevante penal. No entanto, se várias pessoas realizarem a mesma ação ao mesmo tempo, o dano ambiental torna-se visível e de grandes proporções.

Citando Luis Gracia Martín,

Uma lesão ou um perigo desses substratos só poderia surgir como consequência da realização reiterada de uma multiplicidade de ações individuais e em virtude da acumulação dos efeitos de todas elas. Tendo em vista, pois, a ausência total de elementos de lesividade, e inclusive de periculosidade geral, nos fatos individuais isolados, não é admissível, nem legítimo, estender aos mesmos a ameaça de uma sanção penal. (MARTÍN, 2005, p. 99)

Portanto, de acordo com o entendimento de que os riscos produzidos na atual sociedade advêm de condutas reiteradas e de cumulação de comportamentos, a conclusão é de que seria impossível punir criminalmente aquele que, individualmente, não causou lesão a bem jurídico penalmente tutelado.

A partir desse entendimento, os autores falam em administrativização do Direito Penal, pois há uma diferença qualitativa entre Direito Penal e Direito Administrativo que deve ser observada. Segundo Silva Sánchez (2011, p. 138), ao usurpar funções atinentes ao Direito Administrativo, o Direito Penal, que deveria existir posteriormente à realização da conduta, passa a agir de modo a gerir ações sociais, administrativizando-se.

Nesse sentido, entende-se que o Direito Administrativo sancionador mostra-se como o direito ao dano cumulativo ou dano de repetição, o qual não possui uma valoração específica e sim é valorado de acordo com uma determinação global.

Continua o autor,

No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta: ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstrato entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio ex ante. Simplemente peligro presunto, peligro estadístico o -todavía mejor- peligro global. (SÁNCHEZ, 2011, p. 139)¹²

Portanto, neste contexto doutrinário, mostra-se como inadmissível responsabilizar um indivíduo por uma ação que, individualmente considerada, mostra-se como indiferente penal.

Um exemplo apresentado por Silva Sánchez diz respeito aos materiais pesados de uma empresa, quando expostos ao meio ambiente:

Los vertidos de una empresa -de una sola- por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro -por ellos solos- el equilibrio de los sistemas naturales. Si sólo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medio ambiental. El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. (SÁNCHEZ, 2011, p. 141)¹³

Ainda segundo o autor, “mas, de novo, não se justifica a sanção penal da conduta isolada, que por si só, não coloca realmente em perigo o bem jurídico que se afirmam proteger” (SÁNCHEZ, 2011, p. 141).

Para o autor, o ramo do Direito que mais se adaptaria a essa situação seria o Direito Administrativo. Segundo ele,

Si se pretende que el derecho penal mantenga, por razones comunicativas, esa función que ya ha sumido y que en puridade no le corresponde, debe tenerse claro que no cabe integrarla en el Derecho Penal nuclear de la pena privativa de libertad, si-

¹² Não há nesta ação nenhuma possibilidade de introduzir elementos de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatado na conduta em virtude de um Juízo ex ante, simplesmente de perigo presumido, perigo estatístico ou melhor, perigo global. (Tradução nossa)

¹³ Os resíduos de uma empresa - apenas de uma - por mais que superem a concentração de materiais pesados estabelecidos na regulamentação administrativa, não tem porque colocar em perigo - por eles mesmos - o equilíbrio dos sistemas naturais. Se tratar-se de resíduos de apenas uma empresa, não existiria problema ao meio ambiente. O problema, deriva-se da cumulação de resíduos com certo grau de concentração de materiais pesados (tradução nossa)

no, en todo caso, en un derecho penal de frontera, que al admitir hechos de esas características se mostraría como ampliamente flexibilizado, y que no podría imponer penas de prisión. (SÁNCHEZ, 2011, p. 48)

14

Fala-se também em Direito Penal simbólico. Na tentativa de proteger de perigo determinados bens jurídicos difusos, o legislador causaria uma inflação legislativa para responder aos anseios da sociedade.

No entanto, para Luis Gracia Martín (2011, p. 104), o legislador não consegue, com esse comportamento, proporcionar segurança à sociedade, cumprindo uma função meramente simbólica. O autor (2011, p. 105), citando Silva Sánchez, dispõe tratarem-se de Direito Penal simbólico as leis penais que tenham unicamente como fim real planejado a produção na opinião pública da impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido.

O Direito Penal simbólico age para incutir na mente da sociedade que a criminalização de perigos coletivos é eficaz para solucionar os problemas advindos da sociedade do risco.

Luis Gracia Martín aduz que “o legislador, porém, recorrerá ao Direito Penal mesmo sabendo de sua incapacidade para resolver eficazmente esses problemas – mediante a criação de novos tipos penais que inclusive se tornam de impossível aplicação” (MARTÍN, 2011, p. 105). E continua o autor:

Com o fim único de produzir na sociedade e nos indivíduos que integram o efeito meramente aparente – isto é simbólico – de que com a criminalização dos comportamentos conectados aos novos riscos dá ao problema a solução eficaz exigida, ou com o fim pedagógico ou educativo. (MARTÍN, 2011, p. 105)

Dessa forma, a doutrina que entende em favor da aplicação do Direito Administrativo aos comportamentos lesivos a bem jurídico coletivo, prevenindo-os, entende que a utilização do Direito Penal com este fim tem efeito meramente simbólico, devendo ser evitado.

14 Se pretende-se que o direito penal mantenha, por razões de comunicação, esta função que há muito tempo assumiu e que em verdade não lhe corresponde, deve ter-se claro que que não cabe integrá-la no direito penal nuclear da pena privativa de liberdade, senão em todo caso, em um direito penal penal de fronteira, que ao admitir atos destas características se mostraria como muito flexibilizado, e não poderia impor penas de prisão. (Tradução nossa)

5.2 A expansão ou modernização do Direito Penal

Segundo Guilherme Gouvêa de Figueiredo (2013, p. 98), o Direito Penal mostra-se como ramo jurídico necessário e eficaz à proteção subsidiária de bens jurídicos. Contudo, atualmente, o papel do Direito Penal em confronto aos novos riscos sociais tem sido questionado por vários doutrinadores, no sentido de que, para alguns, o Direito Penal deve abandonar o pensamento liberal de que apenas seria possível a tutela de bens jurídicos clássicos, devendo este também tutelar interesses supraindividuais, entre os quais o meio ambiente.

De outro lado, a partir dos ensinamentos do autor acima citado, existem estudiosos do Direito que se apegam aos valores do Direito Penal liberal e defendem a necessidade de que o Direito Penal atue apenas em seu âmbito clássico, com obediência aos princípios a ele estabelecidos. Seguindo a escola de Frankfurt, o Direito Penal deve se manter nuclear, ou seja, deve se restringir ao âmbito de proteção de interesses individuais, deixando a outros ramos a tutela a bens coletivos (FIGUEIREDO, 2013, p. 98-99).

O autor cita como contrário ao movimento de expansão do Direito Penal Michael Marx, no seguinte sentido:

Segundo esse entendimento, só podem ser bens de Direito Penal os objetos que o ser humano precisa para sua livre autorrealização de forma que os mesmos objetos só se convertem em bens jurídicos à medida que estão dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade. (FIGUEIREDO, 2013, p. 102)

Sabe-se que o Direito Penal se mostra como ramo importante do sistema jurídico, com função de prevenir e, principalmente, reprimir ofensas a bens jurídicos relevantes. No entanto, para além dessas finalidades, ele deve ser visto também como forma de fiscalização das tensões existentes entre os membros de sociedade. Contudo, apesar de se ter ciência da sua utilidade e necessidade, é preciso redesenhá-lo com o aparecimento de novos perigos sociais, determinando-se a sua amplitude.

De acordo com Silva Sánchez (2011, p. 17), a sociedade pós-industrial apresenta-se como uma sociedade do risco, portanto uma sociedade insegura. Essa insegurança ocorre, inicialmente, devido à utilização de produtos e tecnologias, conjuntamente com a utilização de substâncias com efeitos nocivos até então desconhecidos, que podem se manifestar anos depois da conduta realizada, introduzindo insegurança na vida social.

Novos interesses apareceram na sociedade atual, como bens jurídicos difusos e coletivos, situando-se aí o meio ambiente. Esse é o entendimento de Silva Sánchez:

El Derecho Penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya la aparición de nuevos bienes jurídicos - de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses pre-existentes. (SÁNCHEZ, 2011, p. 17)¹⁵

Dessa forma, a partir do aparecimento de novos bens jurídicos, houve também o surgimento de riscos e perigos, trazendo insegurança à sociedade. Para tranquilizar a sociedade, criminalizam-se condutas. Com o intuito de demonstrar aos indivíduos que o Direito Penal, como braço forte do ordenamento jurídico, é um instrumento capaz de proteger a sociedade dos riscos da modernidade.

Com esse entendimento, Figueiredo Dias, segundo Guilherme Gouvea (2013, p. 102), entende que naquilo que se refere à dimensão social dos delitos, deve haver uma modificação nas exigências tradicionais do Direito Penal.

Percebe-se, portanto, que há uma tentativa de dar segurança à população utilizando-se do Direito Penal como pedra chave para resolução de todos os problemas, mesmo que, para isso, seja necessário flexibilizar direitos e garantias inerentes à doutrina penal a fim de expandi-lo.

De acordo com Silva Sánchez, “na verdade, numa sociedade em que não existe consenso sobre valores positivos, parece que o Direito Penal possui a missão de gerar consenso e fortalecer a comunidade” (SÁNCHEZ, 2011, p. 33).

No entanto, deve-se pensar se essa expansão ou modernização penal para abarcar os novos riscos sociais é legítima, se isso não fragilizaria o próprio Direito Penal. Será que o Direito Penal suportaria proteger a sociedade atual sem corromper-se com sua própria dogmática? No entendimento de Silva Sánchez (2011, p. 47-48), com estes novos acontecimentos sociais, observa-se uma mudança progressiva no Direito Penal em seu âmbito subjetivo, ou seja, quanto ao direito de punir. Diz o autor: “de advertirse en el ante todo la espada del Estado contra el desvalido delincuente se pasa a una interpretación del mismo como la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”¹⁶ (SÁNCHEZ, 2011,

¹⁵ O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Observado isto, parece obrigatório ter em conta a possibilidade que sua expansão obedea, ao menos em parte, a aparição de novos bens jurídicos - de novos interesses preexistentes. (Tradução nossa)

¹⁶ Deve ser notado que a espada do Estado contra o delinquente passa a ser a mesma interpretação da espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos. (Tradução nossa)

p. 47-48). O autor entende, ainda, que a tendência é de se perder a visão do Direito Penal como instrumento de intervenção coercitiva do Estado.

Certo é que o cenário atual se mostra carente de tutela efetiva aos bens coletivos, pois é notório que não se pode mais pensar apenas no delinquente individual, ou seja, aquele que causa danos à vida ou ao patrimônio de uma pessoa. Vislumbra-se, hoje, uma sociedade globalizada e essa globalização é via de mão única, não sendo possível e nem desejável frear o crescimento tecnológico e econômico. Mas é necessário tutelar bens jurídicos coletivos, transformando esse crescimento em desenvolvimento.

Pode-se citar a atividade mineradora como empreendimento que causa grande impacto socioambiental. Não existem dúvidas a respeito da sua essencialidade para a sociedade. No entanto, caso não haja uma proteção jurídica adequada à atividade desempenhada, suas consequências são desastrosas ao meio ambiente.

Tome-se como exemplo de dano ambiental advindo de atividades mineradoras, que será a seguir mais bem detalhado, a maior catástrofe ambiental brasileira, ocorrida na cidade de Mariana, em Minas Gerais, em 5 de novembro de 2015, na qual as barragens de Fundão e Santarém, da Samarco Mineração, localizadas entre os municípios de Mariana e Ouro Preto, romperam-se, momento em que foram liberadas grandes quantidades de lama, devastando o subdistrito de Bento Rodrigues, poluindo vários rios, alcançando o litoral do Espírito Santo. O rompimento das barragens ocasionou a perda de vidas humanas e, além da devastação total do distrito, a morte de várias espécies animais e contaminação hídrica.

A partir desse exemplo, torna-se clara a necessidade em se conseguir mecanismos eficazes à prevenção de tais riscos sem que haja sacrifício ou retrocesso em garantias individuais. O Direito Penal surge assim como alternativa de prevenção.

Segundo Silva Sánchez (2011, p. 64), a solução desses problemas não é fácil, pois o Direito Penal não pode suportar um modelo que o desnatura completamente, na tentativa de tutela de macroproblemas.

É notório que o Direito Penal brasileiro sempre se pautou em um sistema ideológico liberal com escopo em responder aos anseios sociais quanto à violação a seus bens jurídicos. Contudo, de acordo com o surgimento dos novos riscos sociais, o Direito Penal vem se modernizando para tentar solucionar os problemas atuais sem que se questione a sua legitimidade na atuação e proteção de tais bens.

No entanto, mesmo entre os autores que entendem pela necessária expansão do Direito Penal para tutela de bens jurídicos coletivos, há divergência sobre a forma como a qual essa expansão deve ocorrer.

De acordo com Silva Sánchez (2011, p. 73), acertadamente, alguns autores admitem a necessidade de modificar – ao menos em certos casos – as regras do jogo, já que o Direito Penal clássico, de base liberal, mostra-se com capacidade limitada para solucionar os fenômenos de macrocriminalidade.

Citando Kunz, Silva Sánchez aduz:

Solo los cínicos puede aceptar que la legislación penal contra la macrocriminalidad ha traspasado ya el Rubicón de la vinculación por los principios tradicionales y puede en adelante proseguir la lucha contra las percibas mega amenazas de modo consecuente y sin atención al lastre de los formalismos del Estado de derecho: mediante intervención profiláctica que no espera a la producción de lesiones de derechos, mediante responsabilidad colectiva, que renuncia a la imputación individual [...]. (SÁNCHEZ, 2011, p. 75)¹⁷

Com esse entendimento, percebe-se que, para a utilização do Direito Penal para solucionar os problemas advindos da sociedade do risco, não se pode perder de vista os princípios penais constitucionais garantistas.

Percebe-se uma tentativa de solucionar os atuais problemas sociais sem que haja mitigação ou sacrifício dos princípios penais garantistas.

Diz Silva Sánchez que ¹⁸ “en lugar del homicidio del autor individual, se trata, por ejemplo, de abordar actos de corrupción realizados por una empresa que a su vez, comete delitos económicos” (SÁNCHEZ, 2011, p. 95).

Diante disso, o autor entende que, ao se falar em delinquência individual, deve-se utilizar o Direito Penal clássico, para isso diferindo-o do Direito Penal coletivo.

Bruno Salles Pereira Ribeiro explica a teoria do Direito Penal de velocidades, desenvolvida por Silva Sánchez em sua obra intitulada **A expansão do Direito Penal**: "com efeito, a intenção do autor em sua obra foi a de descrever um movimento moderno de expansão do Direito Penal, originado de diversos fatores jurídicos e sociais que acabariam por deformar, gradativamente, a dogmático jurídico-penal” (RIBEIRO, 2015, p. 165).

Bruno Salles Ribeiro, seguindo o entendimento de Silva Sánchez, explica que a evolução do Direito Penal para tutelar bens jurídicos coletivos em um sistema social de

¹⁷Apenas os cínicos podem aceitar que a legislação penal contra a macrocriminalidade não precisa se vincular aos princípios tradicionais e pode de agora em diante prosseguir na luta contra as grandes ameaças sem atenção aos formalismos do Estado de Direito: mediante intervenção profiláctica não esperar a produção ou lesões de direitos; mediante responsabilidade coletiva que renuncia a imputação individual (tradução nossa)

¹⁸ no lugar do homicídio do autor individual, trata-se, por exemplo, de abordar atos de corrupção realizados por uma empresa que, por sua vez, comete delitos económicos. (Tradução nossa)

prevenção dos riscos é um caminho sem volta, havendo necessidade de realizar-se uma divisão do Direito Penal para que sejam asseguradas garantias fundamentais do Direito Penal tradicional (RIBEIRO, 2015, p. 165).

O autor fala, ainda, em Direito Penal de velocidades, ou seja, quanto ao delito individualmente considerado, deve-se utilizar o Direito Penal de primeira velocidade, e quanto aos delitos que causam macrovitimizações, deve-se utilizar o Direito Penal de segunda velocidade.

Mas, de acordo com Silva Sánchez (2011, p. 180), nem todos os sistemas de imputação penal devem possuir as mesmas garantias, não se devendo apegar apenas ao Direito Penal clássico para proteção de todos os bens jurídicos relevantes à sociedade. Por esse motivo, o Direito Penal deve ser entendido de acordo com duas velocidades.

Segundo o posicionamento do autor espanhol, a primeira velocidade diz respeito ao setor do ordenamento jurídico no qual são impostas penas privativas de liberdade, além de que os princípios políticos-criminais clássicos de Direito Penal devem ser mantidos e respeitados.

A segunda velocidade, segundo Silva Sánchez (2011, p. 180), corresponde às infrações penais em que somente são aplicadas penas restritivas de direito ou penas pecuniárias e, para isso, poderiam ser flexibilizadas ou mitigados os princípios clássicos do Direito Penal. Sánchez acredita que é vantajoso manter as condutas violadoras de direito coletivo dentro do Direito Penal, sob o entendimento de que esse ramo do Direito possui uma maior capacidade de coerção e persecução de delitos.

Segundo Bruno Salles Ribeiro (2015, p. 166), Silva Sánchez entende que deva existir uma relação direta entre a sanção e as garantias estabelecidas aos destinatários da norma punitiva como medida de proporcionalidade. Mas, atacando esse entendimento, Guilherme Gouvêa de Figueiredo (2013, p. 103) traz a lume o pensamento de Michael Marx, para quem não se pode separar o indivíduo do social, não podendo este ser compreendido separadamente. As pessoas agem sempre como uma individualidade social, ou seja, elas são, ao mesmo tempo, individuais e sociais. O autor explica que uma aplicação prática seria aquela em que, por exemplo, no caso de uma violação ao meio ambiente, para aplicação do tipo penal, deve-se comprovar que houve contrariedade aos interesses do indivíduo, das vítimas.

Bottini (2010, p. 106), citando Stratenwerth, entende ser necessário realizar o afastamento do Direito Penal clássico “arraigado a bens jurídicos com referentes individuais para efetivação de um Direito Penal protetor das relações de vida, em si, de maneira autônoma” (BOTTINI, 2010, p. 106).

Com esse afastamento, Bottini (2010, p. 106) propõe a existência de uma nova doutrina penal, que modifica a própria dogmática penalista, assumindo esta um papel eminentemente preventivo, antecipando-se aos possíveis perigos sociais, com objetivo de trazer segurança à sociedade. A partir daí, os crimes de perigo abstrato deixariam seu lugar de incerteza e passariam a ser legítimos e necessários à prevenção de danos coletivos graves.

Martín (2005, p. 89) diz que deve realmente haver uma reformulação do Direito Penal, já que seus institutos são obsoletos e não conseguem gerar segurança e proteção à sociedade moderna.

Para Bottini (2010, p. 107), é necessário que se dê uma resposta penal aos desafios colocados pela sociedade de risco. Contudo, tal resposta não será possível por meio do sistema repressivo liberal e garantista que se apresenta, sistema este estabelecido pela própria classe social responsável pelas práticas danosas reprováveis. Necessita-se de uma modificação da estrutura do sistema penal.

Nas palavras de Luis Gracia Martín (2005, p. 131),

a efetiva modernização do Direito Penal é uma exigência absolutamente necessária do ponto de vista da própria exigência de proteção de bens jurídicos, mas sobretudo que a mesma é exigível e irrenunciável dos pontos de vista ético e político". (MARTÍN, 2005, p.131)

De acordo com Martín, (2005, p. 132), para que se fale em modernização do Direito Penal, deve-se realizar uma ruptura substancial entre o Direito Penal moderno e o Direito Penal tradicional. Não se deve pensar, segundo ele, em ruptura de garantias para se conseguir chegar ao Direito Penal moderno e sim em reformulação material do Direito Penal tradicional.

Nas palavras do autor,

Em geral, entendo por Direito Penal moderno em sentido material o sistema de regulamentações jurídico-penais que tem por objeto a criminalização formal, de conformidade com o sistema de garantias políticas do Estado social e democrático de Direito, do sistema de ação ético-socialmente reprovável das classes sociais poderosas. (MARTÍN, 2005, p.132)

Deve-se compreender que a modernização do Direito Penal precisa respeitar a missão inicial deste ramo jurídico, que é a contribuição para o auxílio dos valores ético-sociais, visando a sua finalidade precípua, que é a proteção dos bens jurídicos. O que define a ruptura do Direito Penal moderno com o Direito Penal tradicional não é a introdução de tipos penais relativos a condutas lesivas advindas das classes dominantes, mas, sim, a tipificação da totalidade das ações prejudiciais praticadas por estas classes (MARTÍN, 2005, p. 132).

Para Bruno Salles Ribeiro, referenciando Hassemer,

esse Direito Penal moderno teria três características fundamentais, a dizer, a transformação do princípio de proteção a bens jurídicos em um fator criminalizante, a elevação dos fins preventivos à posição central da dogmática penal e a orientação para as consequências das incriminações. (RIBEIRO, 2015, p. 173-174)

O autor defende, ainda, que, com a modernização do Direito Penal, haveria uma grande expansão legislativa incriminadora, ampliando o conceito de Direito Penal. Para ele, um dos principais instrumentos para a consecução da modernização do Direito Penal seriam os crimes de perigo abstrato, que possibilitam uma análise preventiva da conduta.

Contudo, entende ele que o Direito Penal moderno possui dificuldades ou até impossibilidade em se adaptar ao Direito Penal clássico, trazendo, como consequência, a relativização da própria dogmática penal. Para evitar a “deformação” do Direito Penal clássico, Hassemer, segundo Bruno Salles Ribeiro (2015, p. 175), propõe a criação de um Direito Penal de intervenção, que se encontraria situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo.

Sem dúvida alguma, este novo direito de intervenção, que ocuparia o lugar e assumiria as características do Direito Penal moderno, seria qualitativamente distinto do Direito Penal. E isso porque teria uma configuração de bens jurídicos diferentes (apenas bens jurídicos pessoais e individuais) e porque estaria teleologicamente ligado à prevenção de riscos sociais. (RIBEIRO, 2015, p. 173)

Dessa forma, Hassemer (2015) pretende que o Direito Penal se ocupe apenas de delitos que afetem bens jurídicos individuais, o que, segundo Bruno Salles Ribeiro, poderia criar um Direito Penal classista, no qual apenas os pequenos criminosos seriam punidos com pena privativa de liberdade e os grandes infratores, que causam danos difusos, não seriam alcançados pelo Direito Penal (HASSEMER *apud* RIBEIRO, 2015, p. 175).

Observa-se, portanto, que as reformulações na dogmática penal pelos autores acima expostos possuem o objetivo de controlar, por meio do Direito Penal, os perigos existentes na sociedade atual. No entanto, de acordo com Bottini (2010, p. 107), flexibilizar ou relativizar de forma excessiva os limites impostos ao Estado em sua atividade punitiva poderia enfraquecer o modelo de organização de polícia vigente, não sendo possível a aceitação de um Direito Penal demasiadamente amplo que violasse seus próprios princípios.

A partir desse entendimento, outros estudiosos tentam explicar a relação entre a sociedade de risco e o Direito Penal. Bottini (2010, p. 110), citando alguns destes teóricos, fala em funcionalismo radical de Jakobs, para quem o Direito Penal deve ser utilizado como

mais um mecanismo de controle social, sustentando que a legitimidade do Direito Penal não se vincula a um modo de organização política e sim à sua capacidade de preservar o funcionamento social.

Uma corrente intermediária, liderada por Roxin (2000), ainda dentro da teoria funcionalista, pauta-se em um critério teleológico, ou seja, para resguardar os valores e interesses sociais, deve-se respeitar os limites e garantias inerentes à persecução penal. Roxin, segundo Bottini, cria a partir desse entendimento um Direito Penal dialético, ou seja, sustenta que, para a consecução da finalidade de proteção de bens jurídicos, é necessário preservar os princípios do Estado Democrático de Direito (BOTTINI, 2010, p. 110).

Com esse entendimento, Roxin afirma ser necessário conter os novos riscos, mas, para isso, não se pode perder de vista o respeito e observância dos princípios do Estado de Direito. Essa nova e necessária visão do Direito Penal, no que se refere aos bens jurídicos difusos, perpassa evidentemente pelos seus princípios penais constitucionais.

Nas palavras de Silva Sánchez,¹⁹

En suma, pues, la asignación al Derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y la integración supranacional implica una flexibilización de categorías y relativización de principios: abona la tendencia general hacia la expansión. (SÁNCHEZ, 2011, p. 108)

Portanto, para que haja tutela a bens jurídicos sujeitos a riscos advindos da globalização, há que haver uma flexibilização dos princípios penais, principalmente princípios relativos à tutela preventiva, como é o caso específico do princípio da ofensividade.

Segundo as palavras de José de Faria Costa, “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança, todo o mundo é composto de mudança tomando sempre novas qualidades. Deste turbilhão de mudança não se pode escapar. Dele não se escapa o Direito Penal” (COSTA, 2010, p. 9).

Seguindo esse raciocínio, alguns autores começaram a avaliar a necessidade de existência de um novo Direito Penal para tutelar os bens jurídicos coletivos ou supraindividuais, um Direito Penal extravagante ou autônomo como querem outros.

Como já mencionado, o Brasil presenciou e ainda sofre os efeitos de um acidente ambiental gravíssimo com o rompimento de duas barragens de mineração que ocasionou o

¹⁹ em suma, a atribuição de Direito Penal de papéis relevantes na resposta ao ilícito próprio da globalização e integração supranacional implica uma flexibilização de princípios: leva à tendência geral para a expansão. (Tradução nossa)

lançamento dos rejeitos nos leitos de vários rios. Dessa forma, partindo-se desse exemplo, passa-se à análise de um caso concreto para confirmação da necessidade de tutela preventiva frente aos danos ambientais causados pelas mineradoras. Finaliza-se aqui a discussão teórica para se iniciar uma análise mais prática do problema deste trabalho científico.

6 REFLEXÕES SOBRE O DIREITO PENAL SECUNDÁRIO DIANTE DA ATIVIDADE DE MINERAÇÃO

O Direito Minerário mostra-se como ramo autônomo do ordenamento jurídico brasileiro e pode ser observado, mesmo que de forma precária, desde os primórdios da humanidade. Segundo Silvia Helena Serra e Cristina Campos Esteves,

Historicamente, o Brasil foi e é considerado um país mineiro, desenvolvendo um importante papel na economia mundial por ser titular de uma das maiores reservas minerais do planeta. Na atualidade, existem em vigência, a onerar o subsolo ao longo do território nacional, mais de 5.000 (cinco mil) autorizações para o aproveitamento mineral. (SERRA; ESTEVES, 2012, p. 23)

Nas palavras de Frederico Munia Machado,

O passado da mineração brasileira grada estreita relação com a própria história do Brasil [...]. A própria descoberta do Brasil pode ser atribuída, de certa forma, à ambição de Portugal por estas riquezas. Tão logo desembarcaram em terras brasileiras os colonizadores portugueses trataram de procurar o tão sonhado “El Dorado”, não tendo, entretanto, alcançado inicialmente o resultado esperado. (MACHADO, 2011, p. 9)

Não há dúvidas de que a mineração é essencial à economia do país e, por esse motivo, juntamente com outras atividades essenciais, como saúde e educação, encontra assento na Constituição Federal. No entanto, o meio ambiente, assim como a atividade minerária, também possui previsão constitucional e se mostra como bem difuso, ou seja, pertencente à toda a sociedade.

Um dos principais problemas causados pelo setor minerário traduz-se no acúmulo de resíduos sólidos descartados de forma incorreta no meio ambiente. No entendimento de Patrícia Lemos,

Produção em massa e consumo desenfreado devam inevitavelmente ao questionamento: o que fazer com os resíduos não aproveitáveis, gerados após o consumo? [...]. Ao lado das medidas tendentes à destinação e ao reaproveitamento de resíduos (seja por meio da reutilização, da recuperação, da valorização energética ou da transformação), de que cuidam os engenheiros ambientais e outros tantos estudiosos das ciências biológicas, surge a questão referente à responsabilidade pelos danos causados por tais resíduos. (LE MOS, 2014, p. 19)

De acordo com os ensinamentos de William Freire (2005, p. 13), a exploração de minérios mostra-se como atividade antiga, confundindo-se com o surgimento da humanidade, pois se sabe que o homem pré-histórico, para abrigar-se e construir suas armas, explorava as

minas a fim de conseguir as pedras e metais necessários. Pode-se notar, portanto, que há muito tempo, mesmo que de forma discreta, os minérios se mostram essenciais para a vida humana. A atividade minerária, dada sua importância, possui assento constitucional. Assim está prelecionado no artigo 176 CR/88 e §1º, *in verbis*:

As jazidas, em lavras ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteiras ou terras indígenas. (BRASIL, 1988)

Vê-se, pois, que essa atividade deve ser exercida de acordo com o interesse nacional. A importância da atividade mineradora pode ser observada a partir do seguinte exemplo trazido por Silvia Helena Serra e Cristina Campos Esteves:

O país conta com a quinta maior reserva de ferro, representando 7,2% da reserva mundial, sendo responsável pela nona maior produção mundial desta substância e a primeira dentre os países da América Latina (DNPM, 2009). O Brasil concentra a maior reserva de nióbio do planeta, sendo responsável por cerca de 98% da produção mundial do minério (DNPM, 2009). O Brasil está na quarta posição no ranking mundial de produção/consumo de cimento (DNPM, 2009), possuindo ainda expressiva produção de níquel, cobre, ouro, alumínio, rochas e cascalhos, areia, água mineral, dentre outras produções expressivas. (SERRA; ESTEVES, 2012, p. 23)

Contudo, apesar de reconhecer a sua necessidade para a economia do país, Bruno Feigelson (2014, p. 59) entende que o Direito Minerário, assim como os demais ramos do Direito, deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este basilar da Constituição Federal e norteador de todo o ordenamento jurídico.

Segundo o autor acima destacado, “o Direito Minerário deve ser inserido como peça fundamental no processo de proteção da dignidade da pessoa humana, cuja base teórica só se sustenta quando observa esse princípio que como já dito, norteia todo ordenamento jurídico” (FEIGELSON, 2014, p. 59).

Dessa forma, não há dúvidas a respeito da necessidade da mineração para o desenvolvimento do país. No entanto, há necessidade em se estabelecer institutos capazes de proteger a sociedade em face dos riscos criados por ela, produzindo-se, assim, um real desenvolvimento econômico.

Nos dizeres de Adriany Barros de Britto Ferreira e Beatriz Souza Costa,

o setor Mineral, que traz um dos maiores benefícios econômicos para o Brasil, é também a atividade que produz vários tipos de resíduos. Eles são resultado da pesquisa, extração e beneficiamento de minérios e estão classificados como resíduos perigosos na Lei 12.305 de 2010. (FERREIRA; COSTA, 2013, p. 147)

No entendimento de Leila Mariano (2012, p. 24), até os anos de 1980, imaginava-se que os conceitos de desenvolvimento econômico e de proteção ambiental mostravam-se dissociados, uma vez que, para crescer, o país necessitaria consumir recursos naturais em maior escala e, conseqüentemente, gerar rejeitos responsáveis pela contaminação da atmosfera, do solo, dos rios e das águas, o que apresenta sérias conseqüências ao próprio homem. Portanto, ou o país se desenvolvia, ou preservava o seu meio ambiente.

No entanto, sabe-se, hoje, que a proteção do meio ambiente não pode frear o desenvolvimento econômico, ao mesmo tempo que o desenvolvimento econômico não pode prejudicar o equilíbrio ambiental. O crescimento econômico e proteção do meio ambiente devem se fundir em um único conceito, qual seja, sustentabilidade ambiental.

Nos dizeres da autora, o desenvolvimento sustentável é, pois, um conceito amplo que se funda em critérios de sustentabilidade social e ambiental e na viabilidade econômica. Assim, é devida a preocupação com a redução da pobreza e desigualdades sociais e prevenção da exploração excessiva dos recursos naturais (MARIANO, 2012, p. 30).

De acordo com Juarez Freitas (2012, p. 41), o princípio da sustentabilidade é um princípio constitucional que determina a imediata responsabilidade da sociedade e do Estado, que deverão buscar, de forma preventiva, o bem-estar das presentes e futuras gerações.

Ainda segundo o autor supracitado, a sustentabilidade é que deverá moldar o desenvolvimento e não o contrário, aduzindo que não é possível pensar em meio ambiente dissociado do setor econômico, social e jurídico-político.

Apesar da sua importância incontestável para o setor econômico, a mineração é uma das atividades de exploração que causam os maiores danos ao meio ambiente; cita-se, dentre tais danos, a degradação do solo, da água, o prejuízo à saúde da população que trabalha em mineradoras ou reside em seu entorno e o grande impacto no que se refere à estética da paisagem.

O grande desafio consiste em estabelecer critérios que não impeçam o desenvolvimento econômico e preservem o meio ambiente para as atuais e futuras gerações,

pois possuem assento constitucional tanto o princípio da livre iniciativa como o princípio da proteção ambiental, estabelecidos nos seguintes dispositivos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Vê-se, pois, que o princípio do desenvolvimento sustentável tem por escopo o crescimento econômico da humanidade alicerçado à conservação ambiental. Não se deve perder de vista que, para a real consecução de um verdadeiro desenvolvimento sustentável, devem existir relações harmônicas entre o homem e a natureza, sempre visando ao bem-estar da geração presente e futura.

Para Bruno Feigelson,

As sociedades globalizadas, baseadas no consumo, produzem em expoentes nunca antes vistos e em velocidades antes nunca imaginadas. Neste ponto, o minério se tornou, mais do que nunca, insumo extremamente importante para o crescimento das economias globais. A tecnologia viabilizou, ainda, que as grandes empresas explorassem recursos minerais em todos os países, em áreas outrora inviáveis. Além disso, observamos o fluxo de produção praticamente eliminar as fronteiras. (FEIGELSON, 2014, p. 73)

A existência dos riscos advindos da mineração e outras atividades geradoras de degradação ambiental faz nascer na mente de alguns estudiosos do Direito a necessidade em se prevenir a ocorrência de catástrofes, por meio da minimização dos próprios riscos.

De acordo com Ulrich Beck, “risco não significa catástrofe; significa antecipação da catástrofe. Os riscos consistem em encenar o futuro no presente, ao passo que o futuro das futuras catástrofes em princípio desconhecido” (BECK, 2011, p. 362).

E continua o autor:

A questão sociológica é esta: se a destruição e o desastre forem antecipados, isso pode gerar uma pressão para agir. A construção social de uma antecipação "real" de catástrofes futuras no presente (como a mudança climática ou a crise financeira) pode se tornar uma força política que transforme o mundo (para melhor ou para pior). (BECK, 2011, p. 362)

Para alguns autores, o Direito Penal é o ramo jurídico que possui as maiores chances de proteger o meio ambiente e a população dos riscos advindos de atividades suscetíveis de colocar em perigo bens jurídicos coletivos, incluindo-se aí a mineração.

Esse é o entendimento de Luis Gracia Martín, quando ele diz: "o processo de modernização do Direito Penal pode – e deve – ser definido, portanto, como luta pelo discurso da criminalidade" (MARTÍN, 2005, p. 132).

Dentre esses autores, há aqueles que entendem pela necessidade de uma proteção preventiva quando nos encontramos frente a interesses transindividuais, pois, segundo eles, a maioria desses eventos danosos é irreparável ou de difícil reparação e atinge um número muito grande de pessoas.

Sobre o assunto, Paulo Afonso Leme Machado defende que

as medidas preventivas não podem ficar esperando a declaração de situação de emergência ou a declaração de calamidade pública para ser colocadas em prática. Faz-se necessário aprender a perceber e a reagir às incertezas, para que a prevenção seja tomada no tempo certo (MACHADO, 2014, p. 78).

Ainda sobre a necessidade de aplicar-se tutela preventiva aos riscos ambientais, adverte Flávio Avelar e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro:

Diante do caráter extremamente pernicioso e catastrófico das lesões provocadas ao meio ambiente, não seria possível admitir-se, caso se pretendesse tutelar de forma idônea o bem jurídico, limitar-se a repressão penal aos eventos danosos e concretamente perigosos, impondo-se sua proteção ainda mais antecipada. (AVELAR; RIBEIRO, 2014, p. 245)

Em muitos casos, se houvesse atuação do Direito Penal antes da produção do resultado, ou seja, com a simples realização da conduta, punindo os riscos da atividade, várias catástrofes deixariam de ter existido ou teriam seus efeitos reduzidos.

Um exemplo claro de tragédia ambiental que poderia ter sido evitada, se houvesse uma prevenção dos riscos, por meio do Direito Penal, diz respeito ao rompimento de duas barragens de mineração em Minas Gerais.

Em 5 de novembro de 2015, de acordo com reportagem da revista *Veja*, 62 milhões de metros cúbicos de lama devastaram o subdistrito de Bento Rodrigues, situado no município de Mariana, em Minas Gerais. A causa do acidente foi o rompimento de duas barragens da mineradora Samarco contendo rejeitos de minério.

Segundo a reportagem da revista *Veja*,

Com 317 anos, o distrito de Bento Rodrigues, na cidade mineira de Mariana, tinha história. O vilarejo de 600 habitantes fez parte da rota da Estrada Real no século XVII e abrigava igrejas e monumentos de relevância cultural. Em 5 de novembro, em apenas onze minutos, um tsunami de 62 milhões de metros cúbicos de lama aniquilou Bento Rodrigues. Dez mortes haviam sido confirmadas até a tarde da última sexta-feira e dezoito pessoas continuavam desaparecidas. A onda devastou outros sete distritos de Mariana e contaminou os rios Gualaxo do Norte, do Carmo e Doce. Moradores de cidades em Minas e no Espírito Santo tiveram a rotina afetada por interrupções no abastecimento de água. O destino final da lama deve ser o mar do Espírito Santo, onde o Rio Doce tem sua foz. O que causou a tragédia foi o rompimento de duas barragens no complexo de Alegria, da mineradora Samarco. As barragens continham rejeito, o resíduo não tóxico resultante da mineração de ferro. (GONÇALVES; FUSCO; VESPA, 2016)

Não resta dúvidas a respeito da necessidade da atividade minerária para o desenvolvimento do país. No entanto, não se pode aceitar que o meio ambiente seja colocado em perigo em prol de um crescimento econômico.

Após o maior acidente ambiental que marcou a história do Brasil, várias ações foram tomadas na tentativa de diminuir os danos causados e compensar de alguma forma a população diretamente afetada.

Segundo a revista *Veja*, “o Ministério Público de Minas Gerais e a Polícia Civil abriram inquéritos para apurar as causas do desastre, mas uma resposta satisfatória não deve vir antes de seis meses” (GONÇALVES; FUSCO; VESPA, 2016).

Vê-se, portanto, que todas as instituições têm-se esforçado na tentativa de diminuir o sofrimento da população domiciliada nas áreas devastadas e punir os causadores do que alguns chamam de “crime ambiental”.

É o que se observa na matéria publicada no site do Ministério Público de Minas Gerais:

DIREITOS HUMANOS 08/01/2016

Mineradora tem até o final de janeiro para cumprir acordo parcial que garante direitos dos atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão

A Samarco Mineração tem até o dia 31 de janeiro para cumprir os pontos pactuados durante a audiência de conciliação entre o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), as empresas Samarco, Vale e BHP e os atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão, realizada no dia 23 de dezembro, no Fórum de Mariana.

De acordo com o promotor de Justiça Guilherme de Sá Meneghin, foi celebrado um acordo parcial, que garantiu direitos aos atingidos, em condições melhores das anteriormente propostas pela mineradora.

Os principais pontos pactuados foram: (1) colocação das famílias desabrigadas em moradias alugadas até o dia 24 de dezembro de 2015, prazo cumprido pela Samarco (anteriormente, a proposta era de concluir esse processo somente no dia 27 de fevereiro de 2016); (2) garantia de moradia alugada pela empresa até a reconstrução e o reassentamento das comunidades (antes, havia a garantia de moradia apenas por 12 meses); (3) antecipação de indenização, no valor de R\$ 100 mil, para os parentes de pessoas falecidas ou desaparecidas; (4) pagamento de remuneração mensal aos

atingidos que perderam renda, no valor de um salário mínimo, mais 20% por dependente e o valor de uma cesta básica por família, pelo prazo mínimo de 12 meses, independentemente da obtenção de emprego/ocupação/renda (na proposta inicial, a Samarco previa cancelar a verba após três meses ou se a pessoa obtivesse emprego e, ainda, a verba seria paga por família e não para cada pessoa que perdeu sua renda); (5) pagamento de R\$ 20 mil às famílias que perderam suas casas, sendo que R\$ 10 mil são antecipação de futura indenização e R\$ 10 mil são assistenciais e não poderão ser deduzidos de futuras indenizações (na proposta inicial, a empresa pretendia pagar R\$ 10 mil e deduzir o valor total de futuras indenizações).

O acordo foi homologado pelo juiz Frederico Esteves Duarte Gonçalves, que marcou nova audiência para o dia 20 de janeiro, para tratar de outros assuntos veiculados na Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pelo MPMG no dia 10 de dezembro de 2015, especialmente a reconstrução das comunidades.

A ACP, proposta pelos promotores de Justiça Guilherme de Sá Meneghin, Nívia Mônica da Silva e Paulo César Vicente Lima contra as empresas Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda., requer a garantia dos direitos dos atingidos pelo rompimento da barragem, no dia 5 de novembro 2015. Os direitos foram subdivididos em duas categorias: a) medidas emergenciais, requeridas em caráter liminar (moradia alugada para quem perdeu a casa, renda mensal para pessoas que perderam renda, apoio na reestruturação social e econômica); b) reparação definitiva (indenização por danos morais/materiais, reconstrução das comunidades atingidas, com o reassentamento dos atingidos).

Antes de analisar as liminares requeridas, o juiz decidiu marcar as audiências de conciliação. As informações constam do processo n.º 0400.15.004335-6 (ACP), que tramita na 2ª Vara da Comarca de Mariana. (MINAS GERAIS, 2016)

Na tentativa de resolver o problema, houve, inclusive, quem dissesse que as mineradoras deveriam ser desativadas, o que foi imediatamente repudiado pela própria população e pelo prefeito de Mariana, Duarte Júnior, que concedeu uma entrevista à imprensa no sentido de que, se a atividade mineradora parasse de funcionar na região, a cidade de Mariana estaria fadada a não mais existir, pois é totalmente dependente economicamente da extração de minérios (BRAGON, 2015).

Ele defendeu, na segunda-feira, dia 9 de novembro de 2015, quatro dias após o acidente, que a empresa Samarco seja cobrada pelos danos causados com o rompimento das barragens que culminaram na destruição do subdistrito de Bento Rodrigues; porém disse ser contra o fechamento da empresa, pois, segundo ele, caso isso venha a ocorrer, a cidade não seria capaz de se recuperar e resistir. São palavras do prefeito da cidade de Mariana:

Há a preocupação em indenizar quem perdeu tudo. Nós vamos trabalhar forte para que essas pessoas sejam indenizadas. Eu, como prefeito, não comungo com essa ideia porque a Samarco Mineração gera mais de 400 empregos no meu município. Mais de 80% da nossa arrecadação advém da mineração. Se alguém começar a defender isso, estará me dizendo que vou ter de fechar Mariana. (BRAGON, 2015)

Dessa forma, não se pode frear o desenvolvimento econômico, diminuindo a dignidade da população, e também não se pode fechar os olhos aos riscos ocasionados por determinadas atividades empresariais.

Encontrar culpados pelo enorme desastre ambiental que aconteceu em Mariana e/ou estabelecer multas gigantescas não resolve o problema. Provavelmente, pessoas que ainda não nasceram serão afetadas pelos danos causados.

Neste ponto, fala-se na necessidade de se expandir o Direito Penal, ou seja, alterar sua doutrina frente aos crimes supraindividuais para flexibilizar os próprios princípios e legitimar a existência de crimes de perigo abstrato ou qualquer outro instituto que dê autonomia ao Direito Penal coletivo. Isso poderia evitar ou minimizar riscos como o que aconteceu em Mariana, já que o Direito penal atuaria de forma preventiva.

De acordo com Pierpaolo Cruz Bottini,

a expansão deste novo Direito Penal também é produto de caráter reflexivo dos riscos produzidos. Os efeitos prejudiciais de determinadas atividades afetam a comunidade, inclusive a classe economicamente dominante, produtora destes riscos, e acirram a demanda por medidas drásticas de contenção de condutas perigosas. (BOTTINI, 2010, p. 89)

Segundo Bottini, as categorias sociais também são responsáveis pelo dano e sofrem os seus efeitos, portanto a tentativa de expandir ou modernizar o Direito Penal apresenta-se com maior intensidade (BOTTINI, 2010, p. 89).

Com esse entendimento, o Direito Penal, segundo alguns doutrinadores, é instituto apto a inibir condutas com potencial danoso, contendo, dessa forma, os riscos da atividade. Esse é o pensamento de Bottini: “nesse contexto, o Direito Penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à acusação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido” (BOTTINI, 2010, p. 89).

Ao se pensar como Bottini, entende-se que o dano causado pela mineradora Samarco em Mariana poderia ter sido evitado se houvesse uma visão moderna do Direito Penal em atuação preventiva.

Deve-se pensar em prevenir a ocorrência de destruições futuras, como afirma Ulrich Beck:

Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte uma perda geral de confiança ou num suposto amplificador do risco. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com

antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes e que justamente neste sentida, já são reais hoje. (BECK, 2011, p. 39)

Continua o autor:

Um exemplo (de risco) a partir do laudo ambiental: o comitê que emite o laudo refere-se ao fato de que as altas concentrações de nitrato decorrentes da fertilização com nitrogênio até o momento infiltraram-se pouco ou sequer chegou a se infiltrar nas camadas profundas dos grandes aquíferos subterrâneos dos quais extraímos nossa água potável. Elas em grande medida se decompõem no subsolo. Todavia, não se sabe ainda como isso ocorre e por quanto tempo ainda ocorrerá. [...] Teme-se que, após alguns anos ou décadas, as atuais aliviasse de nitrato com um retardamento correspondente à vazão, terão alcançado mesmo os lençóis freáticos mais profundos. (BECK, 2011, p. 40)

Para Roméu Thomé, esses riscos precisam ser evitados e para isso existem instrumentos jurídicos aptos à prevenção. De acordo com ele,

Na sociedade de risco, evitar a concretização dos danos e a produção de efeitos colaterais sobre o meio ambiente e a saúde humana configura objetivo muito mais relevante do que a tentativa de sua reparação. É importante mudar o foco de atuação em relação aos problemas ambientais, passando a enfrentar as causas das mazelas que assolam a qualidade do meio ambiente, ao invés de tentar minimizar suas consequências. (THOMÉ, 2014, p. 179)

Segundo Romeu Thomé (2014, p. 30), surge no mundo uma nova visão, a de que as atividades humanas possuem consequências e que, mais cedo ou mais tarde, as ameaças que agora são iminentes irão se concretizar, de modo que as gerações atuais devem construir formas de reduzir ou evitar os danos causados ao meio ambiente, já que alguns riscos já são perceptíveis aos olhos da humanidade.

Há urgência em se aumentar ou inovar a proteção ambiental realizada pelo setor público, dando-se ênfase aos mecanismos que protejam o direito coletivo ao meio ambiente saudável com características preventivas ou precaucionais, para que se evite a produção do dano ou se diminuam os seus efeitos.

De acordo com o que já foi dito, não se pretende impedir o desenvolvimento econômico ou tecnológico, já que se sabe que estes também são essenciais à qualidade de vida dos indivíduos. No entanto, o que se quer é que a utilização dos recursos naturais não inviabilize a própria existência humana.

Dessa forma, percebe-se que os efeitos colaterais causados por lesões ao meio ambiente, em geral irreversíveis, precisam de proteção do setor público e da sociedade no intuito de preveni-los, já que a reparação do bem jurídico ambiental, por vezes, se mostra

inviável. Nesse sentido, o Direito Penal Secundário pode se mostrar como instrumento de proteção ambiental com a modernização da doutrina penal frente ao novo panorama global.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal clássico, sistematizado durante o Estado liberal de direito, é necessário e eficaz para a solução de infrações individualmente consideradas.

Essa sistematização possui base garantista, o que não poderia ser diferente, já que trabalha com garantias fundamentais, como a liberdade. A partir do entendimento de que o Direito Penal deve possuir uma intervenção mínima na liberdade individual, surgiram alguns princípios para limitar o Estado quanto a abusos cometidos pela violação de garantias dadas aos indivíduos pela própria Constituição Federal.

Dentre a base principiológica do Direito Penal, destaca-se o princípio da ofensividade, para o qual só será possível punir uma conduta se houver lesão ao bem jurídico penalmente tutelado.

No que se refere a condutas realizadas por indivíduos determinados a bens jurídicos também determinados, não existe nenhum problema em se aplicar o Direito Penal tradicional amparado pelos seus princípios.

No entanto, a situação atual é bastante diferente daquela em que o Direito Penal foi idealizado. Além das infrações individuais, existem também lesões a bens jurídicos supraindividuais; isso quer dizer que essas condutas extrapolam o indivíduo, esses danos, na maioria das vezes, são cometidos contra pessoas indeterminadas ou indetermináveis.

Dessa forma, quanto à proteção de bens jurídicos supraindividuais, o Direito Penal clássico ou moderno é insuficiente e ineficaz, já que seus institutos foram pensados para proteção individual e sua principal função é reprimir comportamentos, punindo-as, sempre com amparo, logicamente, em seu viés garantista.

Contudo, quando se pensa em macrolesões à coletividade, percebe-se não ser possível evitá-lo por meio de punição. O que se busca é a prevenção, pois tais danos quase sempre são irreparáveis, como ocorre com os danos ambientais. No entanto, para que o Direito Penal aja de forma legítima, é preciso haver uma mínima ofensividade na conduta.

Aventou-se a possibilidade de se utilizar o Direito Administrativo como forma de tutelar danos coletivos, pois, através dessa instância, seria possível falar-se em tutela preventiva sem haver necessidade de fragilizar ou relativizar sua base principiológica, já que o princípio da supremacia do interesse público estaria sobreposto ao interesse privado.

Entretanto, o Direito Administrativo não possui a força coercitiva e nem a capacidade de intimidação do Direito Penal.

O Direito Penal atua com prevenção geral e especial, ou seja, por meio de punição a uma conduta lesiva, causa, na mente da coletividade, a noção de que não se pode delinquir, ao mesmo tempo em que se busca com a pena demonstrar ao indivíduo que, se ele voltar a delinquir, sofrerá uma nova punição.

Isso não acontece quanto ao Direito Administrativo e a sua utilização podem causar um descrédito na sociedade e uma insegurança maior quanto à atuação no Estado na prevenção dos novos riscos.

Portanto, diante do que foi exposto acima e no decorrer do trabalho, torna-se clara a necessidade de expansão ou modificação do Direito Penal.

Para iniciar essa modernização, a expansão do Direito Penal deve ter como primeira meta o rompimento com as garantias tradicionais do Direito Penal clássico. Isso não quer dizer que se busca um Direito Penal máximo ou do inimigo, mas, sim, que a modernização do Direito Penal inclui um sistema de garantias próprio para proteção de bens jurídicos coletivos.

Para que haja uma real modernização do Direito Penal, abarcando-se, assim, novos riscos, devem ser adotados novos princípios adaptados à atual realidade mundial.

É ingenuidade acreditar que, punindo-se uma conduta que ofende bens jurídicos, haverá diminuição de todo tipo de crime.

Como visto, existem condutas que afetam a coletividade de forma tão grave que precisam ser evitadas ou minimizadas e, para isso, deve haver uma análise do risco antes da ação, análise esta realizada pelo próprio legislador quando da elaboração do tipo penal, punindo a conduta pela iminente ocorrência de um risco coletivo.

Esse entendimento altera a dogmática penal e só será possível legitimá-lo com a reformulação da base principiológica deste ramo do Direito, implementando-se princípios próprios com garantias específicas ao panorama atual.

A grande crítica à expansão do Direito Penal diz respeito à perda de garantias individuais. No entanto, o que se busca é reformulação dessas garantias para adaptá-las à nova realidade social.

Portanto, diante de tudo que foi exposto, a conclusão a que se chega é a que o Direito Penal é o único ramo jurídico capaz de evitar ou diminuir macrolesões à coletividade; mas, para que atue de forma legítima, deve-se pensar em uma autonomia em sua base principiológica. Não se pode defender bens jurídicos com características coletivas da mesma forma como se protegem bens jurídicos individuais. Por esse motivo, a modernização do Direito Penal é urgente e necessária.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 667p.
- ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 34-82p.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 669p.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 160p.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Rio de Janeiro: Editora 34, 2011. 381p.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, 83-154p.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Parte geral I. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 905p.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 319p.
- BRAGON, Rayder. Prefeito de Mariana (MG) cobra punição, mas é contra fechar mineradora. **Notícias UOL**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/minas-gerais>>. Acesso em: 12 nov. 2015.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 fev. 1998 e retificado em 17 fev. 1998.
- BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.435.872 - MG 2014/0037331-9. Recurso Especial. Artigo 229 do Código Penal. Princípio da adequação social. Inaplicabilidade. Tipicidade material da conduta. Relator: Min. Sebastião Reis Junior. Julgado: 3.6.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 972902 RS 2007/0175882-0. Processual civil e ambiental – ação civil pública- dano ambiental – adiantamento d honorários periciais pelo parquet – matéria prejudicada – inversão do ônus da prova – art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985 – princípio da precaução. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento: 25.8. 2009. **Diário do Judiciário eletrônico**, 14 set. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 745954 RS 2005/0070033-3. Penal. Recurso especial. Apreensão de máquinas "caça-níqueis". Mandado de segurança. Concessão. Reexame necessário. Confirmação. art. 50 da LCP. Vigência. Costume. Revogação. Impossibilidade no Direito Penal. Princípios da isonomia e da liberdade. Não-fundamentação para condutas ilícitas. Recursos providos. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgamento: 18.8.2009, T5. Quinta Turma. **Diário do Judiciário eletrônico**, 14 set. 2009.

BRASILEIRO, Ada Magaly Matias. **Manual de produção de textos academicos e científicos**. São Paulo: Atlas, 2013. 171p.

CÂMARA, Guilherme Costa. O direito penal secundário e a tutela das gerações futuras. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Orgs.). **Direito Penal secundário** – estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 215-243p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Coord.). **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 502p.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida** – Brasil, Portugal e Espanha. 2.ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2013. 135p.

COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur (Coord.). **Temas essenciais: um diálogo internacional**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 277.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal e globalização** – reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. 102p.

CRISTÓFORO, Pablo Gran; LARA, Kátia Aparecida Ribeiro Leão. A necessária compatibilização entre os princípios da precaução, proporcionalidade e ofensividade à luz da sociedade de risco. In: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Org.). **Temas de Direito Penal Ambiental I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 127-163p.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 431p.

D'AVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do Direito Penal secundário. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Orgs.). **Direito Penal secundário** – estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 70-96p.

D'AVILA, Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)**. Cidade: Coimbra Editora, 2005. 444p.

D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Orgs.). **Direito Penal secundário** – estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 245-280p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do Direito Penal secundário. Um contributo para a reforma do Direito Penal econômico e social Português. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (Org.). **Temas Penal secundário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 12-69p.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental** – perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: SENAC, 2003. 277p.

FEIGELSON, Bruno. **Curso de Direito Minerário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 352p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011. 1078p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 925p.

FERREIRA, Adriany Barros de Britto; COSTA, Beatriz Souza. Geração de resíduos sólidos na atividade minerária. In: COSTA, Beatriz Souza; RIBEIRO, José Cláudio Junqueira (Orgs.). **Gestão e gerenciamento de resíduos sólidos** – direitos e deveres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 147-169p.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. **Crimes ambientais e bem jurídico** – penal – (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 218p.

FLORES, Nilton Cesar (Coord.). **A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces**. Campinas: Millennium, 2012. 376p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 42.ed. Petrópolis: Vozes, 2014. 302p.

FREIRE, Willian. **Natureza jurídica do consentimento para pesquisa mineral, do consentimento para a lavra e do manifesto de mina no Direito brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Mineira, 2005.

FREITAS, Flávio Avelar Silva; RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. O crivo da proporcionalidade e a colisão entre o princípio constitucional da precaução sob a perspectiva da tipificação de delitos de perigo abstrato na Lei 9.605/98 e o princípio constitucional da ofensividade. In: COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur (Orgs.). **Temas essenciais em Direito Ambiental: um diálogo internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 243-277p.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade** – direito ao futuro. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 347p.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito Penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 163p.

GONÇALVES, Eduardo; FUSCO, Nicole; VESPA, Talyta. Para que não se repita. **Revista Veja**, São Paulo, Abril, 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complemento/brasil/para-que-nao-se-repita/>>. Acesso em: 19 maio 2016.

JÚNIOR, Américo Braga. **A (i)legítima expansão do Direito**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. 371p.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 270p.

MACHADO, Frederico Munia. A evolução histórica da legislação sobre os *royalties* da mineração brasileira. In: SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de (Org.). **A compensação financeira pela exploração dos recursos minerais – CFEM**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 4-69p.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito à informação e ao meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006. 288p.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 1344p.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Estudos de Direito Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2014. 126p.

MARIANO, Leila. O poder judiciário e a sustentabilidade. In: FLORES, Nilton César (Org.). **A sustentabilidade Ambiental em suas múltiplas facetas**. Campinas: Millennium, 2012. 23-63p.

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. 150p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 912p.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mineradora tem até o final de janeiro para cumprir acordo parcial que garante direitos dos atingidos pelo rompimento da barragem de Fundão. **Notícias**. Direitos Humanos, 8 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/direitos-humanos/noticias/mineradora-tem-ate-o-final-de-janeiro-para-cumprir-acordo-parcial-que-garante-direitos-dos-atingidos-pelo-rompimento-da-barragem-de-fundao.htm#.V3ETuBWANHw/>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

MONTERO, Pedro Dorado. **Bases para un nuevo derecho penal**. Barcelona: Editorial Manuales Soler, 1905. 200p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. 1243p.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré; PAZ, Miguel Ángel Núñez; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal brasileiro** – Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 795p.

OLIVEIRA, Alexandre Luiz Alves de; TORRES, Rodrigo Romano. O Direito Penal Ambiental: expansão do Direito Penal e o princípio da intervenção mínima. In: **Temas de Direito Penal ambiental I**. RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 5-43p.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico** – penal e Constituição. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 174p.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 411p.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. **Análise crítica do Direito Penal secundário**: investigação sobre a proposta de divisão de Direito Penal, à luz da dogmática e da política criminal. São Paulo: LiberArs, 2015. 256p.

RODRIGUES, Marta Felino. **As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto**. Coimbra: Almedina, 2010. 324p.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. Constituição e meio ambiente na perspectiva do Direito Constitucional comparado. In: **Princípios do Direito Ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industrial**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 306p.

SANTANA, Heron José de. **Direito Ambiental pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2009. 197p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – parte geral. 4.ed. Curitiba: Conceito Editorial, 2010. 697p.

SERRA, Sílvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. **Mineração** – doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2012. 414p.

SILVA, Fábio Márcio Piló; PEDROSA, Miriam Cabral. Justiça restaurativa: uma alternativa para superação da crise de legitimidade do Direito Penal. In: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves (Org.). **Temas de Direito Penal Ambiental I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 256p.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Orgs.). **Direito Penal Secundário** – estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 243-280p.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. 829p.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação ao retrocesso socioambiental**. Salvador: JusPODIVM, 2014. 247p.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 362p.

VELASCO, Carlos María Landecho; BLÁSQUEZ, Concepcion Molina. **Derecho Penal espanhol** – parte general. 9.ed. Madrid: Tecnos, 2015. 713p.

ZAFFARONI, Raul Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro V.1** – parte geral. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 766p.