

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

Marina Lage Pessoa da Costa

**O PAPEL E OS LIMITES DO DIREITO PENAL COMO
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE:
uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried
Hassemer**

**Belo Horizonte
2014**

Marina Lage Pessoa da Costa

**O PAPEL E OS LIMITES DO DIREITO PENAL COMO
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE:
uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried
Hassemer**

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

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Belo Horizonte
2014

COSTA, Marina Lage Pessoa da.

C837p

O papel e os limites do Direito Penal como instrumento de proteção do meio ambiente: uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried Hassemer / Marina Lage Pessoa da Costa – 2014. 134 f.

Orientador: Profº. Drº. Luiz Gustavo G. Ribeiro

Dissertação (mestrado) - Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC.

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Marina Lage Pessoa da Costa

**O PAPEL E OS LIMITES DO DIREITO PENAL COMO
INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE:
uma análise sob o viés do direito de intervenção proposto por Winfried
Hassemer**

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

Aprovada em: ___/___/___

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Professor Membro: Prof. Dr. Romeu Faria Thomé da Silva

Professor Membro: Prof. Dr. Antônio de Padova Marchi Junior

Nota: _____

Belo Horizonte
2014

Dedico este trabalho, fruto de esforço, a meu pai, Israel Pessoa da Costa, o responsável por esta conquista. Seu amor por mim é tão forte que, por vezes, tem uma aparência dura, uma casca que protege o mais puro amor. Dedico à você, pai, pelos ensinamentos e exemplos de força, de determinação, de honestidade e de retidão. Agradeço pelo legado da sede por conhecimento, porque foi você quem me ensinou “que o conhecimento transforma”. Por me fazer enxergar além. Peço que receba esta dedicatória como símbolo do meu amor, da minha admiração e eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente à Deus, que me concedeu vida e saúde, para desfrutar também deste momento. Ao meu Anjo da Guarda por nunca me abandonar.

Agradeço aos meus pais, por me conceberem e me amarem infinito. Por cada sorriso, abraço, afago e ensinamentos. Por viverem juntos, vibrarem juntos, sofrem juntos cada passo de minha trajetória. Pelas orações e torcidas, renúncias e sacrifícios. Pelo exemplo de fé e força. À minha mãe, pela doçura, sorrisos e otimismo; pelas palavras certas, na hora certa. Ao meu pai, por acreditar que sempre posso mais, pelo exemplo de dedicação e perseverança; pelas “poesias que coleciona”. Amo vocês.

À Flávia, minha irmã, pelo amor e cumplicidade, e por ter sido meu exemplo e inspiração nos momentos difíceis desta travessia. Ao Alexandre, meu cunhado e amigo, pelo privilégio que me concede ao ser parte da minha família.

Aos meus sogros e cunhados, por compreenderem minhas ausências em razão dos estudos.

Aos amigos-irmãos Carol, Val e Gui, meu eterno agradecimento pela amizade sincera e por serem aqueles que sei que posso contar para todo o sempre. Sem vocês a vida não teria as mesmas cores. Me faltam palavras, porque nos entendemos pelo olhar.

À Dadá, por seu amor traduzido em orações e dedicação.

À Defensoria Pública, instituição que integro, que amo e que me inspira a ser cada vez melhor para servir àqueles que necessitam; que para eles eu seja instrumento de paz e de justiça. Agradeço também pelos amigos que proporcionou.

Ao meu Orientador, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, por seu apoio, dedicação e presteza na orientação. Sem seus questionamentos, apontamentos e parceria este trabalho não seria possível. Agradeço por sua capacidade de transformar, por sua honestidade intelectual e por me mostrar que a metamorfose é a melhor parte do processo.

Aos Professores do mestrado da Escola Superior Dom Helder Câmara, por dividirem seus conhecimentos e me estimularem cada vez mais. Aos funcionários da Dom Helder, que agradeço na pessoa da Michelle Baroni, que com seu sorriso e disponibilidade de sempre, tornou leve as pesquisas na biblioteca.

Aos meus alunos do segundo semestre de 2014 da turma D4NC, cujo carinho e acolhida reforçaram, no momento certo, que fiz a escolha certa.

Aos colegas e amigos do mestrado pelos debates e compartilhamentos de ideias e angústias, que muito contribuíram e me ensinaram. Em especial, agradeço ao Hamilton Mitre, pela amizade que parecia tão improvável e hoje essencial.

E por fim - porque a gente sempre guarda o melhor para o final – agradeço ao Bruno, meu marido, meu amigo, meu companheiro, meu parceiro. Sem você eu não teria conseguido. Agradeço pela paciência, pela compreensão, pelo apoio e pelo bom humor. Por ter sobrecarregado o seu tempo nestes últimos anos para que o meu fosse otimizado. Dizem que quando encontramos um amor assim, encontramos nossa “alma gêmea”. No meu caso, não acredito que você seja minha alma gêmea: *você é minha própria Alma*. Não há um projeto meu, uma ideia maluca (e reconheço que as malucas são a maioria) que você não esteja lá, me apoiando, torcendo, sendo meu porto seguro, vivendo comigo como se seu próprio sonho ou projeto fosse, aliás, você os transforma em *nossos*. Te amo e te admiro.

Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa – ali, se pode pensar na frase de Tácito: pessima respublica, plurimae leges.

(VON BAR, Carl Ludwing. *Apud* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, Berlim, 1882)

RESUMO

Esta dissertação tem por objetivo verificar se há papel para o Direito Penal na tutela do meio ambiente e, em havendo, quais são os limites a esta atuação. Por se tratar do maior instrumento de repressão do Estado, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*. Entretanto, o Direito Penal atual não se caracteriza, como outrora, instrumento de proteção das liberdades do cidadão, porém de defesa social. O desenvolvimento industrial e tecnológico provocou intensa degradação ambiental, consequência de uma sociedade de massa que implica consumo em massa, e para tanto, produção em massa. A maior complexificação social acarretou novos riscos, que passaram a demandar normatização com vistas a controlá-los. A partir da década 70 do século XX, a criminalização começa a se expandir e traz à tona novos objetos de proteção para a seara criminal, com a previsão de novos tipos penais, com novos bens jurídicos-penais, os de interesses metaindividuais, coletivos. Justamente a partir da mesma década, o movimento em defesa da preservação ambiental desponta como valor social, numa crescente afirmação da essencialidade do meio ambiente para a vida digna e segura, inclusive sob a perspectiva das gerações futuras. O trabalho tem como marco teórico o pensamento de Winfried Hassemer, o qual elaborou uma proposta para conter a expansão do Direito Penal, que ele denominou de *Direito de Intervenção*. A pesquisa teórica foi a técnica metodológica escolhida em vista da construção de esquemas conceituais específicos e da utilização de processos discursivos e argumentativos para a demonstração do objetivo proposto. Desenvolveu-se o texto a partir da análise do Direito Penal clássico e moderno, perpassando pelo contexto da sociedade de risco e pela análise do bem jurídico meio ambiente. Investigou-se o grau de aproximação do Direito de Intervenção, proposto por Hassemer, com o Direito Administrativo Sancionador, como métodos alternativos ao Direito Penal para a prevenção e repressão de condutas lesivas ao meio ambiente. A hipótese central propugna que o fortalecimento do Direito Administrativo brasileiro, em sua vertente sancionadora, pode desenvolver o papel do que Hassemer propõe e espera do Direito de Intervenção, sem que isso signifique arrefecimento da proteção do meio ambiente pela ordem jurídica.

Palavras-chave: Tutela penal ambiental; Limites do Direito Penal; Direito Administrativo Sancionador; Direito de Intervenção; Winfried Hassemer.

ABSTRACT

The dissertation aims to identify if the criminal law is able to protect the environment and, if is, what are the limits to this performance. By being the last instrument of State repression, the criminal law must be *ultima ratio*. However, the criminal law currently is characterized as a social defense, and no more as a instrument of protection of freedoms of the citizen. The industrial and technological development has resulted in an intense environmental degradation. Mass society involves mass consumption, and consequently, mass production. The biggest social complexity entailed in new risks, which began to require more laws, more rules, in order to control them. From the 70 decade of the 20TH century, criminalisation begins to expand and bring up new objects of protection for the criminal law creating new criminal types, with new criminal legal object, especially of metaindividual rights, collective interests. Precisely from the same decade, the defense environmental preservation movement stands out as a new social value, a growing affirmation of the essentiality of the environment for a dignified and safety life, even from the perspective of future generations. This work has as theoretical frame of reference the doctrine of Winfried Hassemer, who developed a proposal to contain the expansion of criminal law, what he called law of interventions. Theoretical research was the technique chosen face of the methodological construction of conceptual schemes and the use of specific discursive processes and argumentative for the demonstration of the proposed objective. The text was developed from the analysis of the classic and modern criminal law, bypassing the risk society context, and for examining the protected law environment. Have been investigated the degree of approximation of the law of Interventions, proposed by Hassemer, with administrative sanctioning law, as alternative methods to criminal law for the prevention and repression of conduct detrimental to the environment. The central hypothesis proposes that the strengthening of the brazilian administrative sanctioning law, can develop the role than Hassemer proposes and waiting for the law of interventions, without if it means less protection of the environment by legal order.

Keywords: Environmental protection by criminal law; Limits of the criminal law; Administrative sanctioning law; Law of interventions; Winfried Hassemer.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art.	Artigo
Coord.	Coordenador
ONU	Organização das Nações Unidas
Org.	Organizador
p.	Página
PNUMA	Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO PENAL CLÁSSICO E DIREITO PENAL MODERNO	15
2.1 Sociedade de Risco	21
2.2 Legislação Simbólica	31
3 O BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE	38
3.1 Evolução legislativa no Brasil da tutela do meio ambiente	38
3.2 Natureza jurídica do bem meio ambiente	44
3.3 O alcance jurídico do conceito de meio ambiente.....	48
3.4 Ecocentrismo <i>versus</i> Antropocentrismo	52
3.5 Bem jurídico-penal	56
3.6 Bem jurídico-penal meio ambiente	65
4 A PROPOSTA DE HASSEMER: DIREITO DE INTERVENÇÃO	74
4.1 Críticas ao Direito de Intervenção	81
4.2 O Direito Administrativo Sancionador	87
5 FUNDAMENTOS, LIMITES E CRÍTICAS À ATUAL UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE	96
5.1 Princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da ofensividade	96
5.2 Princípios da prevenção e da precaução	104
5.3 Posicionamento crítico à atual previsão dos crimes e infrações administrativas ambientais.....	108
5.4 O papel e os limites do Direito Penal na defesa do meio ambiente sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador como materialização do Direito de Intervenção.....	116
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS	125

1 INTRODUÇÃO

Por se tratar do maior instrumento de repressão do Estado, o Direito Penal deve ser limitado às hipóteses nas quais se faça imprescindível sua atuação. Entretanto, nas últimas décadas do século XX, constata-se fluxo contrário, ou seja, a expansão da atuação penal. Crescente demanda por resposta penal para problemas sociais diversos se espraia no século XXI.

O Direito Penal de hoje não se caracteriza, como outrora, em instrumento de proteção de liberdades do cidadão, mas de defesa social. O Código Penal, o catálogo que deve(ria) conter as mais graves condutas não toleradas, já não é suficiente aos anseios sociais. O crescimento exponencial de leis especiais com a previsão de delitos e cominação de penas é evento comum ao cotidiano social.

Basta a ocorrência de um problema social com repercussão, sem imediata solução, que a demanda por resposta penal aparece. Acentua-se a função preventiva geral positiva, de tal modo, que a legislação torna-se simbólica, uma aparente resposta, que não corresponde à solução ao problema social subjacente.

O desenvolvimento industrial e tecnológico teve como consequência intensa degradação ambiental. Sociedade de massa implica consumo em massa e, para tanto, produção em massa e desenfreada, competitiva, com imposição mercadológica de inovação, desenvolvimento da técnica para produção do novo, com incessante busca em superação do último modelo e em grande volume.

Numa complexificação social cada vez maior, novos problemas implicaram em novos riscos, que passaram a fazer parte da pauta de normatização e regulação estatal. A demanda por normatização com o objetivo controlar os novos riscos começou a se densificar notadamente a partir da década de 70 do século XX.

O contexto de crescente demanda social por segurança, em especial pela norma, afetou o Direito Penal, que passou a ser ainda mais exigido, sendo-lhe atribuídas novas tarefas. O Direito Penal clássico, instrumento contra violações a bens individuais, passa a ser demandado para gestão do risco.

A partir da década 70 do século XX, a criminalização começa a se expandir e traz à tona novos objetos de proteção para a seara criminal, com a previsão de novos tipos penais. Conseqüentemente, outros bens jurídico-penais despontam destes novos tipos, que não mais se caracterizam por interesses individuais, mas sim metaindividuais, coletivos. Destarte, vê-se apropriação do Direito Penal pelo contexto da sociedade de risco. O Direito Penal, nesta

complexificação social, vê rarefeita a tradicional visão minimalista, ao passo que ganha fôlego a visão de proteção de gerações futuras.

Foi justamente a partir da década de 70 do século XX que o movimento em defesa da preservação ambiental desponta como valor social, a crescente afirmação da essencialidade do meio ambiente para a vida digna e segura, inclusive sob a perspectiva das gerações por vir.

A consciência do grau de degradação ambiental motivou a mobilização de diversos grupos e setores, articulação esta que, com o objetivo de alteração do cenário constatado, atingiu o contexto jurídico. A expressiva demanda social por tutela jurídica do meio ambiente alcançou o Direito Penal.

Em função desse aspecto, a legislação penal passa a criminalizar condutas sob o mote de tutela e promoção do meio ambiente, tal como a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, entretanto, através de mecanismos normativos que conflitam com fundamentos teóricos da dogmática clássica do Direito Penal.

Classicamente, o Direito Penal protege bens jurídicos individuais. Admite-se, sob esta concepção, a tutela de bens coletivos, desde que não se distancie do referencial individual, ou seja, sua lesão atinja, ainda que indiretamente, interesses da pessoa humana.

O meio ambiente é bem difuso por excelência, pertencente a todos, indistintamente. A tutela, pelo Direito Penal, de bens coletivos é uma questão que ainda desafia este ramo normativo. O Direito Penal contemporâneo tem alargado seu espectro de atuação, dando guarida cada vez maior a bens metaindividuais, como a tutela da saúde pública, de interesses do consumidor, interesses financeiros e tributários, o que coloca à prova a dogmática clássica.

O desenvolvimento da sociedade incrementa a complexidade das relações sociais que, naturalmente, força o Direito Penal a acompanhar estas mudanças sociais com demanda de modernização, com o fito de corresponder aos anseios da sociedade contemporânea.

A questão torna-se mais delicada no que pertine à tutela do meio ambiente que, a depender da concepção adotada, pode ser compreendido como bem de interesse à vida humana (visão antropocêntrica pura); bem de interesse à vida planetária, que em última análise implica na proteção do ser humano, como forma de tutelar a vida digna humana (visão antropocêntrica moderada); ou bem de valor *per si*, sendo o ser humano apenas uma parte que compõe o ecossistema (visão ecocêntrica).

Nesse panorama, chega-se ao seguinte debate: deve o Direito Penal se reformular para atender à demanda de tutela do meio ambiente? Essa é uma demanda necessária? Por que o Direito Penal? Não podem outros ramos do Direito promover esta tutela? Há papel para o Direito Penal na defesa do meio ambiente? E, se afirmativo, quais os limites desta atuação?

Destarte, o objetivo geral desta pesquisa é identificar se há papel para o Direito Penal na tutela do meio ambiente e, em havendo, quais são os limites a esta atuação. Para tanto, utilizou-se como técnica a metodologia analítico-descritiva, de forma a priorizar a pesquisa bibliográfica.

Para a elaboração do presente estudo, várias obras foram utilizadas, assim como informações eletrônicas, artigos científicos, além das legislações pertinentes ao tema, a fim de formular um raciocínio lógico-argumentativo coerente, em que todas as fontes de pesquisa puderam proporcionar peculiar contribuição. Dentre as teorias estudadas, uma delas apresentou-se como importante referencial teórico para o desenvolvimento desta pesquisa: o pensamento de Winfried Hassemer, que elaborou uma proposta no intuito de conter a expansão do Direito Penal, a qual ele denominou de *Direito de Intervenção*.

O objetivo específico desta dissertação é investigar o grau de aproximação existente entre o Direito de Intervenção, proposto por Hassemer, e o Direito Administrativo Sancionador, considerando as possibilidades de sanção, procedimentos de fiscalização e apuração, e regras de imputação mais flexíveis, como métodos alternativos ao Direito Penal para a prevenção e repressão de condutas lesivas ao meio ambiente.

Parte-se da hipótese central em que, fortalecer o Direito Administrativo brasileiro em sua vertente sancionadora, pode desenvolver o papel daquilo que Hassemer propõe e espera do Direito de Intervenção, sem que isso signifique arrefecimento da proteção do meio ambiente pela ordem jurídica.

Ao desenvolver essas ideias, aborda-se, num primeiro momento, o paralelo entre Direito Penal clássico e Direito Penal moderno, para demonstrar o cenário do expansionismo penal. Esse panorama é debatido no contexto da sociedade de risco (BECK, 2010), época caracterizada pela produção social de riscos decorrente da constante busca pela produção de riquezas.

No seio da sociedade de risco desponta o “Direito Penal do risco”, que visa a regular condutas e situações que envolvam os perigos decorrentes de atividades humanas relacionadas ao desenvolvimento tecnológico, cujas consequências e desdobramentos não podem ser mensurados no presente e atingem bens transindividuais. Por isso, ainda no primeiro capítulo, trabalha-se o simbolismo legislativo, a produção de leis com caráter de apelo moral, sem pretensão de efetividade, com efeito de declaração de princípios e predominância de aspectos simbólicos, em detrimento de aspectos instrumentais do Direito.

Posteriormente, procede-se à análise do bem jurídico meio ambiente, através da evolução legislativa da tutela do meio ambiente no Brasil, da natureza jurídica deste bem, do

alcance jurídico do conceito de meio ambiente e das concepções do ecocentrismo e antropocentrismo. Avança-se, nesse segundo capítulo, para a análise do bem jurídico-penal, com o objetivo de desenvolver a noção do bem jurídico-penal meio ambiente.

O capítulo seguinte apresenta a proposta de Hassemer, que recebeu o nome de Direito de Intervenção, elaborada com o intuito de conter a expansão do Direito Penal decorrente dos novos campos de interação social, que estão a demandar este ramo do Direito. Externa-se, em seguida, críticas a respeito do Direito de Intervenção, acompanhadas da análise do Direito Administrativo Sancionador, com vistas a estabelecer um panorama que possibilite a defesa da aplicação das ideias de Hassemer.

Com base nesses pressupostos, chega-se ao último capítulo, que abarca a parte central da pesquisa, com a análise dos fundamentos, limites e críticas à atual utilização do Direito Penal brasileiro na defesa do meio ambiente. Destacam-se os princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da ofensividade, bem como os princípios da prevenção e da precaução, bases de sustentação da argumentação adiante desenvolvida.

Finaliza-se o quinto capítulo com o posicionamento crítico em relação à atual previsão dos crimes e infrações administrativas ambientais na legislação brasileira, e a defesa do que se entende como papel do Direito Penal na defesa do meio ambiente e seus limites, isso sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador como materialização do Direito de Intervenção.

Justifica-se o interesse deste trabalho na relevância da proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, como condição *sine qua non* para a vida digna de todos, ao mesmo tempo em que se preocupa com a acelerada expansão do Direito Penal que, voltado para a prevenção de riscos e ameaças (por vezes, incertos), compromete o minimalismo penal, não só na esfera legislativa, como também no contexto dogmático-acadêmico.

A intenção é, pois, propugnar que outras searas do Direito sejam fortalecidas, notadamente a do Direito Administrativo Sancionador, através da aproximação da proposta do Direito de Intervenção, desenvolvida por Winfried Hassemer, para que a tutela do meio ambiente seja efetiva, de modo preventivo e repressivo, sem comprometer os limites, fundamentos e papel do Direito Penal, ramo de última instância do ordenamento jurídico.

2 DIREITO PENAL CLÁSSICO E DIREITO PENAL MODERNO

O cotejo entre Direito Penal clássico e Direito Penal moderno é o cenário propício para a discussão do expansionismo penal, no contexto da sociedade de risco, marcado por leis penais simbólicas.

De início, aponta-se que a classificação de determinado assunto ou tema, de certo modo, expressa um viés ideológico, considerando-se que, ao se contrapor uma concepção à outra, a escolha dos critérios de categorização revela, em algum grau, o ponto de vista de quem o elabora.

Distintas podem ser as formas e os critérios usados para demonstrar que o Direito Penal vem sofrendo mutações ao longo dos anos, em decorrência das próprias transformações sociais. Destarte, faz-se necessário apontar, que o presente estudo aproxima-se da classificação de Direito Penal clássico e Direito Penal moderno, apresentada por Winfried Hassemer.

Vale ressaltar que o significado em que as palavras “clássico” e “moderno” são empregadas nesse contexto, não se correlaciona a momentos históricos taxativos e precisos no tempo. É certo que se tratam de períodos na história, mas não de períodos lineares, com transição marcada e bem definida.

O termo “clássico” refere-se à doutrina do Direito Penal com características vinculadas ao pensamento filosófico-político do Iluminismo, uma vez que “as raízes filosóficas e jusfilosóficas de nosso Direito penal no estado de Direito situam-se no iluminismo” (HASSEMER, 2008, p. 34). Segundo Winfried Hassemer:

Essa época tinha uma determinada imagem do Direito Penal, que, em suas linhas gerais, ainda hoje o caracteriza. Mudanças posteriores na Filosofia e na teoria do Direito penal mais delinearão do que mudaram essa imagem. [...] Decerto o Direito penal da Filosofia iluminista comporta diferentes concepções em seus pormenores, o que não é de se estranhar [...] (HASSEMER, 2008, p. 35).

O termo “moderno” não se remete à Idade Moderna, que coincide com o período histórico do Iluminismo, mas, sim, ao Direito Penal contemporâneo, com suas transformações – em relação à doutrina clássica – ao longo do tempo.

A sociedade atual, com suas características e mutações, seria a responsável pela dualidade de concepções doutrinárias do Direito Penal, entre clássico e moderno, ao se considerar que as transformações do Direito Penal clássico teriam por objetivo modernizá-lo, atualizá-lo de acordo com as demandas da condição civilizatória atual. “O surgimento ou o

desenvolvimento de conceitos jurídicos está vinculado ao modo de organização da sociedade” (BOTTINI, 2013, p. 21).

Antony Giddens associa a Modernidade a um período temporal e a uma localidade, referindo-se a ela como “[...] estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (GIDDENS, 1991, p. 11). Para o autor, quando falamos de modernidade “nos referimos a transformações institucionais que têm suas origens no Ocidente” (GIDDENS, 1991, p. 189).

No final do século XX e início do século XXI, questiona-se se deflagramos uma nova Era, além da Modernidade, e muitos termos são utilizados para sugerir que esta seria uma fase de transição, tais como Pós-modernismo, Pós-industrialismo. Essas expressões, contudo, referem-se ao contexto da civilização ocidental atual, uma sociedade marcada pelo consumo, pela informação e sua velocidade de transmissão, pelo desenvolvimento da ciência e da tecnologia. Segundo Giddens:

Em vez de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes. Além da modernidade, devo argumentar, podemos perceber os contornos de uma ordem nova e diferente do que é atualmente chamado por muitos de “pós-modernidade” (GIDDENS, 1991, p. 13).

As controvérsias em torno do(s) termo(s) que melhor define(m) a sociedade atual, em que pese seu relevo sociológico, não são o enfoque deste trabalho, de modo que não se aprofundará esse debate. Contudo, não vamos passar ao largo das transformações sociais e modos de vida produzidos pela modernidade (GIDDENS, 1991) que atingem a política-criminal e o Direito Penal e que, por isso, envolvem o debate em torno do tema proposto.

É válida a advertência de Anthony Giddens de que a narrativa histórica dos períodos da humanidade, notadamente a ocidental, não segue uma linearidade, e nem se trata de períodos estanques com transições definidas:

A história não tem a forma “totalizada” que lhe é atribuída por suas concepções evolucionárias [...]. Desconstruir o evolucionismo social significa aceitar que a história não pode ser vista como uma unidade, ou como refletindo certos princípios unificadores de organização e transformação (GIDDENS, 1991, p. 15).

A dualidade entre Direito Penal clássico e Direito Penal moderno é o reflexo da evolução do Direito Penal, que chega ao século XXI carecendo de reforma e releitura, para que bem cumpra seu papel frente às demandas da sociedade atual, sem perder de vista as

gerações futuras, cientes de que há limites - positivos e negativos - a essa atuação, que devem ser respeitados, sob pena de desnaturação do ramo jurídico de *ultima ratio*.

As transformações ocorridas na sociedade do século XVII ao século XXI, como não podia deixar de ser, refletiram-se também no Direito Penal, que ainda discute qual é o seu papel nesse novo contexto social.

A globalização, a relevância da atividade econômica, a exploração e proteção ambiental, o desenvolvimento tecnológico e cibernético são realidades sociais novas e dinâmicas para um Direito Penal ainda em análise da legitimidade e dos possíveis contornos de sua metamorfose.

A expansão do Direito Penal não significa apenas o aumento significativo da legislação penal no que se refere ao número de tipos penais. Implica, outrossim, alterações nas estruturas punitivas (coautoria, participação, responsabilidade penal de pessoa jurídica, modelos de imputação, antecipação do momento punitivo, como a figura dos crimes de perigo, notadamente os crimes de perigo abstrato, *etc*) com vistas a aumentar as possibilidades de controle social.

O Direito Penal clássico possui raiz histórica na busca por mecanismos de limitação ao poder punitivo Estatal, como proteção das liberdades asseguradas ao cidadão. “Nesse entendimento, o Direito Penal clássico surge da morte do Direito Natural” (HASSEMER, 2008, p. 246).

O Iluminismo marca um novo paradigma social, o rompimento com a ordem baseada na vontade divina e no Direito Natural, para uma ordem contratualista, fundada em acordo de convivência que, ao mesmo tempo em que legitima o Poder Estatal, limita o exercício desse Poder.

Segundo Hassemer, “o Direito Penal ‘clássico’ tem um núcleo ideal. Integram esse núcleo as tradições do estado de Direito, consubstanciadas na determinação e subsidiariedade do Direito penal, assim como o crime de dano como a forma usual de conduta delituosa” (2008, p. 246).

A tendência reducionista do Direito Penal clássico é notável quanto à intervenção penal. “Só deve entrar em cogitação a proteção de interesses humanos (bens jurídicos). Meras concepções morais ou ideias de ordem, ainda que partilhadas por toda a sociedade, não merecem uma valoração penal” (HASSEMER, 2008, p. 36).

Com a celebração do contrato social, os indivíduos renunciam à liberdade natural para a formação do Estado e, em troca, recebem a garantia de liberdade para todos, de forma

simétrica e recíproca. O cidadão não é instrumento do Estado, senão o Estado é instrumentalizado pelo cidadão, que o precede (HASSEMER, 2008).

O princípio da legalidade é um marco do Direito Penal, base de seu desenvolvimento e que lhe garante legitimação e credibilidade. No contexto do Direito Penal clássico, “somente violação das liberdades asseguradas pelo contrato social pode constituir crime” (HASSEMER, 2008, p. 248). E, ainda, deve haver proporcionalidade no acionamento do Direito Penal para assegurar liberdades civis, contempladas pelo contrato social e restrições da liberdade individual.

Jorge de Figueiredo Dias aponta que:

[...] no âmbito jurídico-penal deve reivindicar-se da sua filiação no movimento do Iluminismo Penal e em muitas das suas teses centrais, em particular as da função *exclusivamente protectiva* do direito penal no sistema social, da natureza puramente *secular* deste direito, da *intervenção mínima* e da sua *necessidade* (DIAS, 2001, p. 156).

Influenciado pelo Iluminismo, o Direito Penal clássico tem o indivíduo como o centro de sua proteção, o que justificaria a notoriedade dos princípios da subsidiariedade, da intervenção mínima, da proporcionalidade, o que afastaria a proteção de sistemas ou expectativas sociais. Desse modo, não integra o Direito Penal clássico a tutela de bens coletivos, o combate à criminalidade, a regulação do sistema econômico e a proteção ambiental.

O Direito Penal, na concepção clássica, “não é um *passpartout*, um *faz-tudo*, e sim o último recurso (*ultima ratio*) para a solução de problemas sociais” (HASSEMER, 2008, p. 248).

O avanço tecnológico transformou a realidade social, inclusive com o advento de novos riscos sociais, e incrementa o leque de interesses da sociedade pós-industrial a serem protegidos pelo Direito Penal.

O Direito Penal moderno é caracterizado pela busca da prevenção. Tem uma concepção teórica mais preventiva do que retributiva, razão pela qual o legislador tem como fim a proteção de bens jurídicos (HASSEMER, 2008).

A proteção de bens jurídicos, que era um reflexo do Direito Penal e limite à sua atuação na concepção de Direito Penal clássico, torna-se o mote e estímulo para a criação de novos tipos penais e expansão das áreas de atuação do Direito Penal na concepção moderna.

O discurso político-criminal contemporâneo decorre de uma sociedade com medo, que busca prevenir riscos e ameaças. Como resultado, tem-se a inversão da lógica de *ultima*

ratio do Direito Penal clássico para *prima ratio* do Direito Penal moderno, que é chamado a atuar como resposta pronta para problemas sociais complexos, que demandam outras soluções, normalmente a longo prazo e de difícil execução.

Nessa concepção, o Estado deixa de ser o alvo dos esforços do Direito Penal - no sentido de que a função desse ramo jurídico não é mais proteger o cidadão contra a força e poder estatal - para se tornar aliado da sociedade no combate à criminalidade, restando o medo do delito. Na percepção de Hassemer,

Ao contrário do que acontecia na tradição do Direito Constitucional clássico europeu, o estado já não surge como Leviatã, ameaçador dos direitos civis cuja poderosa ingerência surgiram os direitos fundamentais como direitos de defesa. É visto antes como instituição que está ao lado dos cidadãos e garante a sua segurança contra ameaças externas. O estado mudou fundamentalmente de papel; converteu-se, de ameaçador das liberdades em garante da segurança. Já não se sente a clássica relação de tensão entre liberdade e segurança, que se expressa na experiência de que o aumento da segurança contra a criminalidade está associada à limitação das liberdades civis, caso seja organizada através do Direito penal (HASSEMER, 2007a, p. 194).

Na busca por segurança e estabilização social a ameaça de pena tem sido o principal instrumento estatal, com preponderância em relação às políticas públicas, à educação e à ética. E, ao se utilizar o Direito Penal como instrumento de interesses políticos, a política criminal é vista com um pragmatismo que confronta as bases filosófico-penais. Hassemer assevera que:

Nós dirigimos muito mais toda nossa atenção a prática do Direito penal e da política criminal e dedicamos nossos esforços na invenção de mecanismos de adequação do Direito penal a novas situações ameaçadoras da sociedade moderna. Com isto, as necessidades de legitimação desaparecem furtivamente: o que antes exigiria uma complexa elaboração, brilha hoje imediatamente como atual, necessário, sem alternativa ou simplesmente eficiente. No debate sobre a direção correta da política do Direito penal, sobressaem, antes de tudo, interesses políticos e de apuração dos crimes; ouve-se pouco sobre considerações filosófico-penais, e a teoria do Direito penal se apresenta mais para aprovar do que para criticar (HASSEMER, 2008, p. 38).

O Direito Penal moderno é orientado ao resultado, às consequências (HASSEMER, 2008), em uma busca por eficiência que reserva, a segundo plano, política criminal a longo prazo. Nesse sentido acaba por trair o objetivo por resultado, com o advento de uma legislação penal simbólica, vazia de conteúdo, mas cheia de discurso populista, ou seja, limita-se a demonstrar que o bem jurídico objeto de tutela é caro ao legislador, sem, de fato, protegê-lo como declara a norma.

A prevenção, que no Direito Penal clássico decorria da realização da justiça penal, tornou-se, no Direito Penal moderno, o objetivo principal. Nesse sentido, o interesse por prevenção na seara penal tem sido reivindicado, ainda que a custo da dogmática penal, o que, segundo Hassemer (2008, p. 250), transparece que “cada vez mais, o fim parece purificar os meios.”

A demanda da sociedade por criminalização é característica do Direito Penal moderno, pela utilização do Direito Penal como instrumento de solução de conflitos. Nas palavras de Hassemer:

Indicativo desse desenvolvimento são as atuais reivindicações de se utilizar o Direito penal como instrumento de pedagogia popular, isto é, para “sensibilizar” pessoas. Isto pode ser observado no campo da proteção ambiental e, por parte de setores feministas, para combater a discriminação. Não mais se indaga se o emprego da maquinaria penal é “adequado”, menos ainda se é “justo”, se apenas ela puder atingir o objetivo de convencer a população de que o ambiente deve ser cuidado ou que a violência contra a mulher merece repulsa. Também a crescente tendência de não mais utilizar o Direito penal apenas como *ultima ratio*, mas já como *sola* ou *prima ratio* para resolver problemas sociais, constitui outro exemplo eloquente de uma prolífica orientação para as consequências. Assim, diante dos atuais “grandes distúrbios sociais”, mas também frente a situações pontuais, como a construção de uma fábrica de gás venenoso no norte da África, com ajuda alemã, ressoa estrondosamente o clamor ao legislador penal (HASSEMER, 2008, p. 250-251).

A expansão do Direito Penal na atualidade está intimamente ligada a essa demanda por resposta penal para os conflitos sociais e os novos problemas que trazem insegurança à população. Prova disso, para Hassemer (2008), é a constatação de que a política criminal atual privilegia a criminalização ao invés da descriminalização, e que reformas legislativas não estão, como regra, voltadas para a Parte Geral ou a Execução Penal, mas sim para a Parte Especial, notadamente pelo advento de novas áreas de criminalização, por meio de legislação extravagante.

Da mesma forma, a proteção de bens jurídicos se transformou em proteção de instituições estatais ou normas de mera obediência. Sobre tal fato, Hassemer (2008, p. 253) afirma que “é raro encontrar algum comportamento humano que possa ser descriminalizado à luz do princípio da proteção dos bens jurídicos”.

O crime de perigo abstrato é uma das formas de atuação do Direito Penal moderno, pois atende ao princípio da proteção do bem jurídico, antecipa a punição com fundamento de prevenção e facilita a incidência do Direito Penal, uma vez que basta comprovar a conduta, ao se considerar que a periculosidade da ação já foi valorada pelo legislador, logo, não há que se provar dano ou nexo de causalidade.

Os crimes de perigo abstrato expandem e tendem a superar (se já não superaram) os clássicos delitos de resultado. “Ilícito penal não é mais a causação de um dano, e sim uma atividade que o legislador incrimina” (HASSEMER, 2008, p.228).

O Direito Penal moderno, ao se afastar do ideal protetor da liberdade do cidadão, por meio da punição a lesão aos bens jurídicos mais graves, torna-se um garantidor de política de segurança pública, e se aproxima da atuação do Direito Administrativo e do Direito Civil. Segundo MARCHI JÚNIOR (2012, p.117) “o Direito Penal já não é mais visto como mecanismo de proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal, mas sim instrumento legítimo para promover a segurança ‘por meio’ do Estado.

O Direito Penal clássico baseia-se — não exclusivamente, mas como regra, sendo que a exceção reforça a regra — na culpa e no dano, tendo por isso maior densidade em seu viés retributivo, uma vez que age sobre o injusto ocorrido.

O Direito Penal moderno é assinalado pelo combate à chamada “criminalidade moderna” que, de acordo com Hassemer (1994), possui como características: a ausência de vítimas individuais; a pouca visibilidade dos danos causados; a acessoriedade administrativa (já que depende de ato do Poder Executivo para a definição dos padrões de legalidade); e um *modus operandi* “civil”, que “não corre sangue” e possui toda uma estratégia de atuação e articulação (crimes de colarinho branco, crimes ambientais, crimes econômicos).

A atual utilização do Direito Penal como instrumento de controle da criminalidade, como um meio de direcionamento social, afasta-o do ideal clássico de proteção subsidiária de bens e garantia do cidadão em face do poder punitivo Estatal. “O Direito penal, a partir de agora, não quer mais ser uma resposta adequada a um injusto pretérito e sim um instrumento para controlar o futuro” (HASSEMER, 2008, p. 255).

Pode-se afirmar, portanto, que de acordo com a interpretação de Hassemer, o Direito Penal contemporâneo é caracterizado pela mutação do Direito Penal clássico - com seu viés principiológico valorativo e constitucional, garantidor e protetor das liberdades individuais —, para um Direito Penal moderno — com viés preventivo, que progressivamente se torna instrumento de políticas de defesa social.

2.1 Sociedade de Risco

O modo de organização de uma sociedade, seus valores e objetivos, as formas de estruturação e inter-relação interferem diretamente no ordenamento jurídico, que tem por

finalidade ordenar, trazer estabilidade e funcionalidade ao sistema social complexo e dinâmico.

O Direito Penal é uma das faces do ordenamento jurídico, caracterizado como o mecanismo estatal máximo de controle social, conjugado com instrumentos outros do sistema jurídico, como o Direito Civil e o Direito Administrativo.

A análise do contexto social da civilização atual auxilia a compreensão e interpretação dos institutos jurídicos, notadamente os do Direito Penal, considerando-se a influência e os reflexos das demandas sociais na forma de estruturação do sistema jurídico.

Ulrich Beck, sociólogo alemão, desenvolveu a ideia de que a sociedade atual é uma sociedade de risco, uma fase posterior à sociedade industrial, que se caracterizava pela visão do meio ambiente como fonte inesgotável de recursos e matérias-primas, e que convivia com riscos naturais e pontuais.

A sociedade de risco caracteriza-se pelo desenvolvimento tecnológico, por uma economia dinâmica e variante, e pela convivência com riscos produzidos pelas atividades humanas, que possuem potencialidade universal, dado o contexto de sociedade massificada e global.

Beck (2010) descreve um panorama que confronta características das sociedades pré-industrial, industrial e pós-industrial. A sociedade pré-industrial sofria com riscos naturais. “O ambiente de risco das culturas tradicionais era dominado pelas vicissitudes do mundo físico” (GIDDENS, 1991, p. 118).

Já a sociedade industrial conviveu com riscos decorrentes das atividades humanas na produção social de riqueza, contudo eram riscos calculados e possíveis de elaborar programas de controle e proteção. “Com o desenvolvimento das instituições modernas, persiste um pouco de equilíbrio entre confiança e risco, segurança e perigo. Mas os elementos principais envolvidos são bastante diferentes dos que predominavam na era pré-moderna” (GIDDENS, 1991, p. 120).

Na contemporaneidade, a chamada sociedade de risco é aquela sociedade pós-industrial, que convive com alto grau de desenvolvimento científico-tecnológico e produz, com suas atividades, riscos e perigos incertos, de alcance transfronteiriço. Para Ulrich Beck (2010, p. 361), “o conceito de sociedade de risco expressa a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais – que têm uma presença esmagadora hoje em nosso mundo”. Beck (2010) trabalha com a ideia de que “risco” é um conceito moderno.

Na sociedade de risco, os riscos não se limitam a consequências e danos já conhecidos, estendendo-se ao futuro ainda incerto. A ideia de sociedade de risco relaciona-se a uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna em que os riscos, criados pelas atividades técnico-econômicas, já não são calculáveis e previsíveis, e mais, são de alcance global. “Reconhecer a existência de um risco ou um conjunto de risco é aceitar não só a possibilidade de que as coisas possam sair erradas, mas que esta possibilidade não pode ser eliminada” (GIDDENS, 1991, p. 123).

A sociedade de risco decorre do modelo econômico desenvolvido desde a Revolução Industrial, caracterizado por um mercado de livre concorrência. “Em termos de agrupamento institucional, dois complexos organizacionais distintos são de particular significação no desenvolvimento da modernidade: o *Estado-nação* e a *produção capitalista sistemática*” (GIDDENS, 1991, p. 189).

Segundo Anthony Giddens (1991, p. 68) pode-se afirmar que as sociedades capitalistas são “um subtipo específico das sociedades modernas em geral [...]. A natureza fortemente competitiva e expansionista do empreendimento capitalista implica que a inovação tecnológica tende a ser constante e difusa”.

Pierpaolo Cruz Bottini analisa esse desenvolvimento da sociedade de risco no contexto da livre concorrência capitalista, marcado pela busca por inovações tecnológicas:

Esta estrutura exige dos agentes produtores a busca por inovações tecnológicas que permitam a produção e a distribuição de insumo em larga escala, sob pena de perecimento por obsolescência. [...] A obstinação na inovação importa na velocidade da descoberta de novas tecnologias que, por sua vez, decorre do financiamento de pesquisas científicas destinadas a tais finalidades. Este fenômeno cria uma dinâmica peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada pela análise, por parte desta mesma ciência, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias. [...] Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências do seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social. O risco torna-se figura crucial para a organização coletiva, passa a compor o núcleo da atividade social, passa a ser sua essência. Surge a sociedade de riscos (BOTTINI, 2013, p. 25).

Classificar a sociedade atual como sociedade de risco não significa que os indivíduos, diariamente, tenham em mente encontrarem-se em risco iminente, como se vivessem sob o prenúncio de desastre ou de catástrofe mundial a eclodir a qualquer momento. “A grande maioria das pessoas não passa muito de seu tempo, ao menos conscientemente, preocupando-se com a guerra nuclear ou com qualquer outra das principais eventualidades” (GIDDENS, 1991, p. 146). Conforme Anthony Giddens:

Como podemos manter constantemente no primeiro plano de nossos pensamentos a visão de perigos tão ameaçadores e ainda por cima tão distantes de controle individual? A resposta é que a maioria de nós não pode. Pessoas que se preocupam o dia todo, todos os dias, com a possibilidade de guerra nuclear, como já foi notado, tendem a ser mentalmente perturbadas. Embora fosse difícil julgar irracional alguém que estivesse constante e conscientemente ansioso desta maneira, esta perspectiva paralisaria a vida cotidiana comum (GIDDENS, 1991, p. 145).

Giddens (1991) destaca que, apesar dos indivíduos não pensarem diariamente nos riscos globais, com consciência constante da probabilidade de desastres, a sociedade de risco é marcada pela angústia e insegurança inconsciente dos cidadãos. Ademais, nota-se o despertar de um “senso de destino”, a crença de que a vida seguirá seu próprio rumo, característico de algo sobre o qual não se teria controle. Assim:

Num ambiente secular, riscos de graves consequências e baixas probabilidades tendem a despertar novamente um senso de fortuna mais próximo à perspectiva pré-moderna do que o cultivado por superstições menores. [...] A sensação de pavor, antítese da confiança básica tende a instalar sentimentos inconscientes sobre as incertezas enfrentadas pela humanidade como um todo (GIDDENS, 1991, p. 146).

Sociedade de risco não significa que as novas técnicas e o desenvolvimento científico e econômico, por si só, já acarretam uma lesão ou um dano. A conotação da sociedade de risco remete ao atual estágio da ciência, ainda incapaz de responder dúvidas acerca dos desdobramentos do uso de produtos e aplicação de determinadas tecnologias desenvolvidos nos últimos tempos, com vistas a assegurar melhorias à vida humana.

Anthony Giddens afirma que:

A modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenômeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual (GIDDENS, 1991, p.17).

“A dificuldade em reconhecer uma ameaça evidente nas atividades inovadoras, que decorre da incapacidade da ciência em estabelecer relações de causalidade claras nestes espaços, acarreta uma sensação de risco constante, mas não de perigo constante” (BOTTINI, 2013, p. 26). Vale dizer, não há aptidão científica na civilização contemporânea para mensurar se determinada ação ou tecnologia pode causar danos futuros ou desdobramentos não calculados e não desejados pelo ser humano. O risco decorre dessa atual impossibilidade

de se estabelecer o nexo de causalidade entre uma ação e os possíveis efeitos danosos (a médio e longo prazo, notadamente) que ela pode gerar.

Segundo Ulrich Beck (2010), a divisão dos riscos é democrática, no sentido de que atingirá a todos; tanto aqueles que produzem ou deles se beneficiam, quanto aqueles que não contribuíram diretamente para esse cenário. É o efeito bumerangue mencionado por Beck (2010), ou seja, os riscos acabam por, também, alcançarem aqueles que os produziram.

Os riscos trazem a noção de que somos todos coresponsáveis e co-vítimas da degradação ambiental. Assim, ninguém está livre das consequências dos riscos produzidos, “a inevitabilidade de viver com perigos que estão *longe* do controle não apenas por parte de indivíduos, mas também de grandes organizações, incluindo os Estados” (GIDDENS, 1991, p. 144).

Enquanto os lucros e benefícios são usufruídos por pequenos grupos, os riscos são socializados. Ulrich Beck (2010, p. 10) afirma que “o reverso da natureza socializada é a socialização dos danos à natureza, sua transformação em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas da sociedade mundial altamente industrializada”.

Giddens (1991) aduz que um dos aspectos da modernidade, notadamente no contexto da globalização, é justamente o fato de que o indivíduo não possui a opção de ser ou não atingido, ou, de ser ou não potencial vítima dos riscos decorrentes das instituições modernas. Segundo o mencionado autor:

Um dos significados disso, numa situação em que muitos aspectos da modernidade tornaram-se globalizados, é que ninguém pode optar por sair completamente dos sistemas abstratos envolvidos nas instituições modernas. Este é mais obviamente o caso de fenômenos tais como o risco de guerra nuclear ou de catástrofe ecológica. Mas ele vale de uma forma mais completa para amplas extensões da vida cotidiana, tal como ela é vivida pela maioria da população. Os indivíduos em cenários pré-modernos, em princípio e na prática, poderiam ignorar os pronunciamentos de sacerdotes, sábios e feiticeiros, prosseguindo com as rotinas da atividade cotidiana. Mas este não é o caso do mundo moderno, no que toca ao conhecimento perito (GIDDENS, 1991, p. 96-97).

Com a globalização e a ampla e fácil circulação de bens, pessoas e tecnologias, os riscos têm escala mundial, extrapolam limites espaciais. Para ilustrar a ideia, agrotóxicos incorporados à cadeia alimentar, assim como atividades nucleares, têm na atualidade uma dimensão tal que afetam de norte a sul, ricos e pobres.

Aliás, os riscos não ultrapassam apenas os limites espaciais, mas limites temporais, já que “os efeitos destes riscos arrastam-se por períodos de tempos por vezes muito longos, chegando mesmo a repercutir-se transgeracionalmente” (FERNANDES, 2001, p.60).

Faz-se interessante destacar que a ausência de limites territoriais e temporais ao risco contribui para o atual cenário de dificuldade científica na análise do nexo de causalidade entre uma ação (uso de determinado produto ou desenvolvimento de determinada atividade ou tecnologia) e seus possíveis resultados danosos não desejados e não calculados.

Três, portanto, são as características da sociedade de risco: a produção dos riscos pela atividade humana, a globalização e a iminência dos riscos.

Na linha defendida por Beck (2010), a percepção de riscos invisíveis fica ofuscada pela visibilidade da miséria e diferença na distribuição da riqueza. A ameaça de desemprego em larga escala, por exemplo, é fundamento para se admitir ou mesmo ampliar uma exploração degradadora do meio ambiente ou causadora de poluição em limites acima do razoável.

Para Ulrich Beck (2010), o mais abrangente de todos os riscos criados pela sociedade é a degradação do meio ambiente. A crise ambiental, acirrada após a segunda grande guerra mundial, é um tema amplamente debatido na atualidade. “A preocupação com os danos ao meio ambiente está agora difundida, e é um foco de atenção para os governos em todo o mundo” (GIDDENS, 1991, p. 184).

A ideia e o discurso da sustentabilidade têm sido amplamente discutidos e propõem a superação do modelo de desenvolvimento tradicional por meio do tripé: economia, sociedade e meio ambiente. Giddens destaca que:

A possibilidade de catástrofe ecológica é menos imediata que o risco de uma guerra, mas suas implicações são igualmente perturbadoras. Danos ambientais irreversíveis de longo prazo podem já ter ocorrido, talvez envolvendo fenômenos dos quais ainda não estamos a par (1991, p. 186).

A sociedade de risco é também a sociedade que percebe restarem frustradas as promessas da sociedade industrial de crescimento ilimitado e bem-estar da civilização. Boff, considera que:

[...] na atitude de estar sobre as coisas e sobre tudo parece residir o mecanismo fundamental de nossa atual crise civilizacional. Qual a suprema ironia atual? A vontade de tudo dominar nos está fazendo dominados e assujeitados aos imperativos de uma Terra degradada. A utopia de melhorar a condição humana piorou a qualidade de vida. O sonho de crescimento ilimitado produziu o subdesenvolvimento de dois terços da humanidade, a volúpia de utilização optimal dos recursos da Terra levou à exaustão dos sistemas vitais e à desintegração do equilíbrio ambiental. [...]

Houve, pois, algo de reducionista e de profundamente equivocado neste processo que somente hoje temos condições de perceber e questionar em sua devida gravidade (BOFF, 2004, p. 23).

A dicotomia entre os benefícios do desenvolvimento tecnológico e a consciência de seus desdobramentos também é destacada por Paulo Silva Fernandes:

Ora esta nova realidade, a de um mundo em constante aceleração, absorvendo todas as estruturas do real que possibilitavam um controle mínimo – embora nem sempre feliz – dos acontecimentos, precipitou espíritos e corpos numa vertigem rodopiante, dentro do qual, e particularmente desde a ocorrência de determinadas catástrofes, nasceu e começou a desenvolver-se uma terrível consciência: a tecno-ciência, que tudo nos deu, pode ser *o mais temível dos inimigos* (FERNANDES, 2001, p. 43).

Outro contraponto importante é que, na sociedade industrial, a redução dos riscos dava-se pela confiança nas soluções fornecidas pela técnica e pela ciência. Já na sociedade de risco, a confiança na ciência quanto a soluções é diminuta, o que incrementa o medo e a insegurança. “Se vivemos em (sociedade do) *risco*, também se poderá dizer que vão-se assumindo os contornos de uma sociedade da *insegurança*: é precisamente esta que caracteriza o *ser* dos nossos tempos” (FERNANDES, 2001, p. 45).

“Nenhum conhecimento sob as condições da modernidade é conhecimento no sentido ‘antigo’, em que ‘conhecer’ é estar certo” (GIDDENS, 1991, p. 50). As relações da ciência com a economia, política e ética alterou a forma de se fazer ciência, e alguns riscos se transformaram em oportunidades de mercado.

Conforme Pierpaolo Cruz Bottini (2013), são amplos os interesses envolvendo o risco, sendo que, enquanto alguns setores se prejudicam em razão dos riscos das atividades, outros se desenvolvem com vistas ao controle e gestão do risco:

A disputa sobre os novos riscos e sobre seu gerenciamento tem reflexos nos discursos econômicos, científicos e políticos. No âmbito das relações econômicas, o paradoxo do risco da sociedade contemporânea é evidente. Até meados do século passado, o esforço para aumentar a produtividade sempre abstraiu os riscos a ela inerentes: afinal, a primeira diretriz sobre a qual se assenta a decisão sobre a produção é o valor agregado do produto. A análise dos riscos envolvidos, quando era feita, ficava em segundo plano. A lógica da produção de riqueza dominava a lógica da produção de riscos.

Na sociedade atual, esta relação se inverte. As novas dimensões do risco alteram os mecanismos de tomada de decisão. O discurso estruturante dos modos de produção passa a ser conflitivo, pois ao mesmo tempo em que avaliza os riscos como condição de desenvolvimento, rechaça-os como contraproducentes.

Por outro lado, há setores que se beneficiam do risco não como elemento agregado às novas técnicas de produção, mas como atividade econômica principal de seu negócio, como *business* (BOTTINI, 2013, p. 31).

A noção de confiança deve ser compreendida em relação à noção de risco, sendo que o termo risco, na modernidade, deixa de ter significado divino, ou relação com o destino ou o

cosmo, para referir-se aos desdobramentos não calculáveis e não desejados das ações humanas.

Conforme Giddens (1991, p. 41), a noção de risco “se originou com a compreensão de que resultados inesperados podem ser uma consequência de nossas próprias atividades ou decisões, ao invés de exprimirem significados ocultos da natureza ou intenções infáveis da Deidade”.

Nesse contexto de incertezas, surgem os debates e as críticas acerca de um modelo de sociedade pós-industrial, já desgastado, ao mesmo tempo em que desponta um novo modelo, ainda desconhecido e em desenvolvimento. “Embora seus iniciadores procurassem certezas para substituir os dogmas preestabelecidos, a modernidade efetivamente envolve a institucionalização da dúvida” (GIDDENS, 1991, p. 191).

A sociedade de risco impõe à humanidade a necessidade de enfrentar e solucionar as incertezas e os problemas da modernidade, gerados pela própria modernidade. Os riscos, nessa sociedade pós-industrial, são vistos como ameaça às gerações futuras. Na concepção de Beck (2010), os riscos são “incertezas fabricadas”, criadas pela própria sociedade, e decorrem, portanto, de decisões humanas, impostas coletivamente e inevitáveis individualmente.

Hassemer, em referência ao contexto da sociedade de risco, aduziu que:

Os filósofos sociais falam hoje de “sociedade do risco” para se referirem à situação caracterizada por crescentes dificuldades na vida diária em conseguir orientações estáveis de como agir. A complexidade de nossas relações sociais é antes de mais nada vivenciada como algo ameaçador, os riscos de lesões são ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos. Conseguimos preparar-nos apenas precariamente para as lesões esperadas, e não conseguimos remediar os danos inesperados. Os grandes riscos da tecnologia moderna, da qual dependemos, afiguram-se-nos incontroláveis e produzem um clima generalizado de ameaça, de estarmos entregues à própria sorte (HASSEMER, 2008, p. 275).

No contexto da sociedade de risco, surge o “Direito Penal do risco”, assim chamado como resultado da expansão do Direito Penal, com vistas a regular condutas e situações que envolvam o paradigma dos perigos decorrentes de atividades humanas relacionadas ao desenvolvimento tecnológico, cujas consequências e desdobramentos não podem ser mensurados no presente, e que atingem bens transindividuais.

Conforme Renato de Mello Jorge Silveira,

[...] contrapondo a tendência presente nos anos 50 e 60, onde fora notado movimento de descriminalização de condutas, os anos 70, 80 e 90 são marcados por

uma clara expansão do Direito Penal, mais especificamente quanto a um chamado Direito Penal de risco (2003, p. 121).

A sociedade de risco, fundada sob a égide do medo, impulsiona o Direito Penal do risco e chama-o, não só a assumir a responsabilidade pelos danos aos interesses sociais, mas mais ainda, a responder às demandas dos novos riscos, geradores de insegurança. (CARVALHO, 2008).

Pierpaolo Cruz Bottini (2013) destaca que o risco produzido pela atividade humana passa a ser objeto de decisões políticas e normas jurídicas que buscam seu controle, em razão da ameaça a bens e interesses fundamentais para a vida em sociedade:

A procedência humana do risco abre caminho, portanto, para a coerção de comportamentos que apresentem periculosidades maiores do que as permitidas, fora dos parâmetros indicados pelo gestor público. Quanto maior o risco, mais restritivas as medidas e mais severas as sanções pelo descumprimento dos limites impostos. Nesse contexto, fica aberto o espaço para a incidência do direito penal sobre as condutas arriscadas, produzidas pelo comportamento humano que, cada vez mais, ameaçam bens e interesses fundamentais para a vida em comum (BOTTINI, 2013, p. 27).

À medida que os riscos se tornam latentes, de modo diretamente proporcional, cresce, também, a pretensão social por segurança, o que resulta em pressão da sociedade em face do Estado, sobretudo, quanto a resposta por meio do Direito Penal. Segundo José Luis Diez Ripollés:

[...] difundiu-se na sociedade um exagerado sentimento de insegurança, que não parece ter correspondência exclusiva em tais riscos, mas que é potenciado pela intensa cobertura mediática dos sucessos perigosos ou lesivos, pelas dificuldades com que se depara ao cidadão médio para compreender a acelerada evolução tecnológica e para adaptar a sua vida quotidiana a ela, e pela extensa percepção social de que a moderna sociedade tecnológica transporta consigo uma verdadeira transformação das relações e valores sociais e uma redução significativa da solidariedade colectiva. Em suma, todo este conjunto de factores propicia a exigência de intervenção sócio-estaduais que permitam controlar esses riscos e acalmar esses receios, e tal aplica-se, entre outros mecanismos sociais, à política criminal (RIPOLLÉS, 2007, p. 551).

O contexto da sociedade de risco influencia e impacta a política criminal, e com ela o Direito Penal, que é chamado a agir em questões ligadas ao meio ambiente, saúde, consumo, mercado financeiro e perturbações sociais típicas da modernidade. Conforme Hassemer:

O Direito penal deixa sua modesta casinha de paz liberal, onde se contentava com asseguração do “mínimo ético”, para se converter num poderoso instrumento de domínio das grandes perturbações, sociais ou estatais. O combate, ou melhor, o

tratamento do crime parece muito pequeno como tarefa para o Direito penal. Agora, trata-se de guarnecer as políticas de subsídios, do ambiente, da saúde e das relações internacionais. De repressão pontual a ofensas concretas a bens jurídicos, converte-se em prevenção abrangente de situações problemáticas (HASSEMER, 2008, p. 227).

Jorge de Figueiredo Dias analisa as mudanças trazidas pelo contexto da sociedade de risco, caracterizada pela globalização, massificação e intenso avanço tecnológico, e sua relação com o Direito Penal:

Uma tal ideia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela ideia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles *globais* ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente *distanciados* da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida* (DIAS, 2001, p. 158).

A ânsia da população por resposta à insegurança que vivencia na sociedade de risco é tamanha que pressiona as fronteiras e barreiras do Direito Penal na concepção clássica, o que, na visão de Silva Sánchez (2013), em busca dessa resposta, apregoa-se uma “flexibilização” do Direito Penal:

Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior claridade demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas e excessivamente “rígidas” e se apregoa sua “flexibilização” (SÁNCHEZ, 2013, p. 51).

A flexibilização ou modernização do Direito Penal pode também ser percebida pela ênfase criminalizadora e punitiva, em detrimento da eficácia garantista e, como constata Salo de Carvalho (2008), esse fenômeno pode ser observado até mesmo no desequilíbrio causado pelo legislador infraconstitucional, ao não respeitar os limites estabelecidos pelo constituinte originário:

Em matéria repressiva, a efetividade das normas constitucionais não apenas foi plena, como o Legislador, aproveitando os quadros de generalização dos medos decorrentes da crise do sistema de segurança pública, excedeu os parâmetros estabelecidos pelo constituinte originário. Assim, com a proliferação do discurso

punitivista nas esferas do judiciário e da política, tem-se, de forma trágica, a ineficácia da Constituição Penal de garantias em detrimento da plena efetividade da Constituição Penal criminalizadora e punitiva (CARVALHO, 2008, p. 90).

É importante perceber que a sociedade de risco não é o comportamento de um determinado sujeito, não se caracteriza por uma atuação individual, senão trata-se de um conjunto de atos coletivos associados ao desenvolvimento sistêmico.

Anthony Giddens (1991, p. 152) assevera que “[...] até onde durarem as instituições da modernidade, nunca seremos capazes de controlar completamente nem o caminho nem o ritmo da viagem. E nunca seremos capazes de nos sentir completamente seguros [...]”.

Jorge de Figueiredo Dias (2001) alerta para o cuidado no sentido de que o Direito Penal não se transforme em instrumento de gestão do risco no contexto da sociedade de risco, descaracterizando-o ao ponto de transformá-lo em meio de coação para regular “certos grupos”, incidindo numa “*actuarial justice*”:

[...] cujo propósito não seria mais o de actuar sobre a vida de pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados “pagar pelos seus crimes” ou transformando-os, mas o de *regular certos grupos* (de pessoas “perigosas”) *como parte de uma estratégia de gestão dos riscos* (DIAS, 2001, p. 169).

2.2 Legislação Simbólica

O contexto da sociedade de risco, em que a sensação de insegurança é latente, provoca movimentos da sociedade, por meio de organizações civis (de defesa do meio ambiente, do consumidor, *etc*), e pressões do setor econômico, em razão do cenário de contraposição entre discursos sobre segurança, contenção de ameaças e gestão do risco *versus* desenvolvimento econômico e melhoria das condições de vida humana. Esses movimentos e pressões resvalam no Poder Público, com demandas de atuação e providências a respeito.

Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 34) constata que “o processo de construção legislativa e a atividade fiscalizatória da administração pública reagem aos pleitos de endurecimento do controle de comportamentos perigosos”.

As leis possuem uma força simbólica natural à medida que refletem e reforçam valores sociais. A norma, ao tutelar determinados bens jurídicos, demonstra valores ético-sociais, afirma o Direito, fortalece convicções. Conforme Helena Regina Lobo da Costa (2010, p. 111), “toda norma tem um aspecto ‘simbólico’, isto é, comunicativo, que transmite determinada ideia por meio de sua linguagem (formada por símbolos).”

O sentido crítico da expressão “legislação simbólica” remete ao fenômeno decorrente da produção legislativa sem a preocupação de concretizar seu fim declarado, que diverge quanto ao alcance aparente e o real de efetividade. “A previsibilidade de eficácia de uma norma se mede pela qualidade e quantidade das condições postas a sua disposição para sua concretização instrumental” (HASSEMER, 2008, p. 221).

“As funções instrumentais implicariam uma relação de meio-fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação” (NEVES, 2011, p. 22). Jesús-María Silva Sánchez diferencia a função instrumental do que chama de função meramente simbólica:

De fato, costuma-se apontar que as leis podem ter, por um lado, uma “função instrumental”, isto é, influir mediante mandatos e proibições eficazes e mediante a aplicação real de suas consequências jurídicas no caso de infração sobre o comportamento de seus destinatários, a fim de obter o efeito desejado, modificar a realidade. Mas, além desta função de transformação da situação de partida, ou, o que é pior, em lugar dela, as leis podem desempenhar, por outro lado, uma função meramente simbólica, que ocorre não na realidade exterior (porque não se aplicam), mas na mente dos políticos e dos eleitores. Nos primeiros, produziria a satisfação de haver feito alguma coisa; nos segundos, a impressão de ter o problema sob controle (SÁNCHEZ, 2011, p. 458-459).

Na década de 70 do século XX, o alemão Peter Noll, em sua obra “Teoria da legislação”, trouxe para debate aquilo que denominou de “leis de caráter puramente simbólico”, caracterizadas por já nascerem sem o propósito da eficácia fática em razão de o legislador não buscar precipuamente sua observância concreta, mas efeitos sociais outros.¹

Jesús-María Silva Sánchez afirma ainda que:

Certamente, aspectos simbólicos ou retóricos se verificam em praticamente todas as manifestações da legislação penal. O problemático não é, portanto, o elemento simbólico, mas sua absolutização em disposições que, incapazes de cumprir diretamente declarada finalidade de proteção de bens jurídicos (função instrumental), se limitam a produzir tal efeito, que, por isso, acaba sendo elevado à categoria de “função exclusiva” (SÁNCHEZ, 2011, p. 460).

De acordo com Hassemer (2008, p. 212), “no caso da legislação simbólica, postula-se uma pretensão normativa de regramento de uma situação, para cuja observância não estão presentes as condições.” Segundo Claus Roxin,

Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de

¹ A informação deriva do texto e nota de pé de página do artigo de Hassemer “Direito Penal Simbólico e Tutela de Bens Jurídicos” inserido no citado livro *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política*, 2008.

grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas (ROXIN, 2008, p. 47).

Por meio da legislação simbólica, não se busca o combate à causa, mas, apenas, a aparência de solução no âmbito da(s) consequência(s). A lei simbólica é, portanto, aquela que a regulamentação gera a (falsa) impressão de solução do problema, expectativa que será frustrada, uma vez que o conflito social subjacente não foi tratado.

Segundo Hassemer,

A manipulação do medo coletivo difuso resultante da criminalidade de massas, praticada com o escopo de obter meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta mediante a restrição das liberdades, constitui uma conhecida tática de Política criminal populista, que não traz resposta aos problemas diários das pessoas frente à criminalidade de massas (HASSEMER, 2008, p. 267).

Marcelo Neves (2011, p. 33) cita o modelo tricotômico de Kindermann para a tipologia da legislação simbólica, sistematizando-a como aquela que busca “a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”.

O simbolismo legislativo é o contraste entre realidade e aparência. Ele refere-se a leis com caráter de apelo moral, sem pretensão de efetividade, com efeito de declaração de princípios, e que registram terem sido adotadas providências a respeito do tema. São caracterizadas pela predominância de aspectos simbólicos em detrimento de aspectos instrumentais do Direito.

Silva Sánchez demonstra que o movimento de expansão do Direito Penal, identificado, notadamente a partir da década de 70 do século XX, está intimamente ligado à questão da legislação simbólica, considerando-se que o modelo social vigente – sociedade de risco – gerou um âmbito cultural de demanda social por mais proteção, por meio da edição de leis penais, demanda esta que a instância estatal tem atendido:

Não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva) (SÁNCHEZ, 2013, p. 29).

Marcelo Neves (2011, p.39) assevera que Kindermann denominou de “legislação álibi” aquela que se destina a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas da sociedade, muito embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente, conforme o respectivo texto legal.

A legislação penal simbólica “se caracteriza por permitir, mais que a resolução direta do problema jurídico-penal (a proteção de bens jurídicos), a produção, na opinião pública, da impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido” (SÁNCHEZ, 2011, p. 459).

A legislação simbólica, quando editada, causa impacto na opinião pública que acredita que a mera repressão pode solucionar o problema. “Essa posição é complementada pela constatação, inequívoca, de que parte da sociedade entende que reside no Direito Penal, na pura repressão, a real solução para a criminalidade, quer seja a tradicional, quer seja a moderna” (SILVEIRA, 2003, p. 169).

A atual sociedade (de risco), em razão do medo que a permeia, aplaude o recrudescimento legislativo, ainda que ele implique em perdas de garantias, na esperança de estas medidas controlem a criminalidade. “O medo da ‘criminalidade organizada’ é o principal responsável pelas mais radicais alterações na direção do enrijecimento do poder de polícia, mas também do Direito penal, nos últimos tempos. Princípios fundamentais ou não valem mais ou valem apenas limitadamente” (HASSEMER, 2008, p. 271).

A lei simbólica visa manter a confiança da população na capacidade da ordem jurídica em controlar e combater as ofensas à vida em sociedade. A ideia de legislação simbólica é intimamente ligada à ideia de prevenção geral positiva:

Noutros termos, quanto mais pretensiosamente forem formuladas as teorias dos fins preventivos da pena, quanto mais longo for o alcance desses fins (ressocialização do criminoso, intimidação das pessoas propensas ao crime, afirmação das normas fundamentais da sociedade), mais evidente será o seu conteúdo simbólico: eles [os fins da pena] almejam, mediante o emprego instrumental das normas penais (como que às expensas dessa práxis), a difusão comunicativa (cognitiva e emotiva) da mensagem de uma vida conforme ao Direito (Hassemer, 2008 p. 216).

Silva Sánchez reconhece que a legislação simbólica, num primeiro momento, atende aos predicados da função preventiva geral positiva do Direito Penal, uma vez que, “em curto prazo, cumpre funções educativas/promocionais/de integração” (2011, p. 461). Assevera o mencionado autor que a lei penal simbólica “com sua estigmatização da conduta correspondente e a qualificação do bem de que se trate, constitui, ademais, uma manifestação especialmente clara de um Direito Penal de conotação ‘educativa’ ou ‘ético-social’” (2011, p. 460).

Entretanto, o próprio Silva Sánchez defende que “as disposições com uma exclusiva função simbólica são ilegítimas e devem ser banidas do ordenamento jurídico” (2011, p. 460). Acrescenta que os efeitos da legislação simbólica “em longo prazo, redundam mesmo numa perda de confiabilidade do ordenamento em seu conjunto, bloqueando-lhes as funções instrumentais” (2011, p. 461).

Busato e Huapaya (2007, p. 36) observam que “seria ingênuo negar que existe o recurso ao Direito Penal conforme o clamor público, mas não é essa missão que lhe compete, pois obedecer a uma tal orientação seria aproximarmo-nos muito de um Direito Penal meramente simbólico.”

Hassemer alerta para a seriedade do tema, inferindo o fato de não se poder aceitar que o Direito Penal, em razão de suas graves repercussões nos direitos individuais e na liberdade do cidadão, passe a ter concepção simbólica, ou que essa seja seu caráter predominante:

A imposição de prisão preventiva e pena privativa de liberdade, a cobrança de penas pecuniárias, a obrigação de comparecer em juízo e de dizer a verdade constituem interferências nos direitos individuais que nada têm de simbólico. Os imensos custos do sistema penal, que são suportados não só pelo contribuinte mas também pelos diretamente afetados, certamente não encontram correspondência numa concepção meramente simbólica das consequências do empreendimento penal. E também a pesada seriedade com que as pessoas diariamente debatem, no plano acadêmico e político, a justiça e a eficácia do Direito penal, sofreria um forte abalo, se o objeto da discussão tivesse um caráter predominantemente simbólico. Processar criminalmente, condenar e aplicar pena são fatos que têm raízes demasiado profundas na nossa experiência pessoal e social, para que possamos aceitá-los tranquilamente como meros símbolos (HASSEMER, 2008, p. 210).

Pode-se afirmar que a legislação penal ambiental indicia que seu objetivo não será alcançável quando não dispõe de funcionalidade. A ausência de funcionalidade da legislação penal ambiental é percebida quando tem-se por finalidade educar, por meio da ameaça de sanção, ou seja, visa-se gerar consciência ecológica pela proibição, sem que haja íntima relação entre a necessidade da punição e a possibilidade de apuração do fato, e entre a proporcionalidade da medida.

Ademais, se essa mesma legislação for utilizada pelo Estado como reforço ao discurso de governantes e legisladores, no intuito de mostrar seu comprometimento com a temática, sem que, em paralelo estejam sendo realizadas políticas públicas efetivas para a proteção ambiental, chega-se a características de uma legislação predominantemente simbólica.

Hassemer, em conferência proferida na Universidade Lusíada-Porto, acerca do simbolismo do Direito Penal Ambiental, afirmou:

Em minha opinião estamos diante de um direito penal simbólico. O direito penal simbólico é identificável através de duas características: por um lado, não serve para a proteção efetiva de bens jurídicos; por outro lado, obedece a propósitos de pura jactância da classe política.

Esta suposta forma de garantir a proteção do ambiente, para além de custar pouco dinheiro ao Estado, apresenta ainda a vantagem de servir para acalmar contestações políticas. Com efeito, é assim que a classe política pode proclamar à opinião pública que está atenta aos problemas do mundo moderno e, mais ainda, que até se compromete com a tomada de medidas drásticas para os resolver. Por outro lado, enquanto se quer fazer com que os cidadãos acreditem num direito penal do ambiente pronto para realizar milagres, espera-se também que outras preocupações, tais como o preço da gasolina, se lhes desvançam da ideia.

Tudo isto denuncia o caráter simbólico do direito penal do ambiente, cujo verdadeiro préstimo redunde em desobrigar os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva (HASSEMER, 1998, p. 33)

Hassemer (2008) adjetiva o Direito Penal simbólico que “ajusta-se às concepções de insegurança global numa sociedade de risco” para satisfação das “necessidades de ação”, no sentido de ser um ramo preventivo, de “Direito penal como blefe”, e afirma que:

O Direito penal simbólico, que tendencialmente abre mão de suas funções manifestas em favor das latentes, trai as tradições liberais do estado de Direito, em especial o conceito de proteção de bens jurídicos, e fraudada a confiança da população na tutela penal. Depois de tudo, ele permanecerá como um efeito colateral do Direito penal moderno, pelo menos enquanto a Política criminal insistir em satisfazer às exigências preventivas, ao invés de rechaçá-las. Exatamente em tempos dominados por concepções preventivas e totalizadoras, o Direito penal poderia assumir a tarefa de reanimar suas tradições orientadas para o tratamento justo e individualizado do caso concreto (HASSEMER, 2008, p. 320).

Na Conferência de abertura do 19º Congresso de Defensores, realizada em Freiburg em 24.03.1995, Hassemer foi bem enfático acerca dos efeitos a curto, médio e longo prazo, do Direito Penal simbólico, resultado da busca por atuação preventiva:

O Direito penal preventivo alcança o êxito apenas sob a condição de destruir seus próprios fundamentos. Ele é simbólico num mau sentido: não serve como pretende, à proteção dos bens jurídicos; ele serve apenas àqueles que com ele fazem política. Sua utilização parece mesmo tornar público que os governantes levam a sério as grandes crises da época, pois mostra que eles buscam enfrentá-las com o mais poderoso dos instrumentos: o Direito penal. A longo prazo, esse Direito penal simbólico é destrutivo; a curto prazo, ele atua como sedativo, na medida em que lida com as crises apenas simbolicamente (e, em termos de ambiente e drogas, a situação é de crise mesmo!) e também inibe a busca de soluções reais para elas. A longo prazo, é preciso temer (ou pode-se esperar) que as pessoas, em algum momento, percebam que o rei está nu (HASSEMER, 2008, p. 300).

“O desafio da globalização é claramente ressentido pelo legislador” (OST, 1995, p. 111). O meio ambiente, que sempre existiu, é agora concebido pela sociedade em outro patamar valorativo (SANTIAGO, 2011). O nível de degradação ambiental e os impactos decorrentes da ação humana, a escassez de bens antes abundantes, trouxeram reflexões que culminaram em maior valor social do bem meio ambiente.

Herman Benjamim (1999) traz a reflexão de que a própria convivência humana com a natureza causa impactos — no sentido de alteração do ambiente — e que não podemos ter a utopia de ausência de impactos ambientais. Segundo o referido autor:

Essa constatação maior – uma nação formada às custas de gigantescos e irreversíveis danos aos ecossistemas nacionais – não nos pode levar ao sentimento utópico de que, adequadamente protegido, o meio ambiente seria hoje aquele mesmo que Pedro Álvares Cabral encontrou à época do descobrimento (*rectius*, conquista), em 1500. A natureza, sabe-se, é permanentemente transformada, tanto por suas próprias forças quanto pela atuação do homem (BENJAMIN, 1999, p. 43).

Destarte, se a relação humanidade-meio ambiente implica impactos, o papel do ordenamento jurídico é regular essa convivência e inter-relações, de modo a assegurar o desenvolvimento humano e econômico, mas, com base sustentável, o que significa dizer, desenvolver, porém, adotando-se medidas de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Para tanto, não há dúvida de que será necessário também o Direito Penal, entretanto, os limites dessa atuação devem ser analisados e estabelecidos. “Embora seja pacífico que o meio ambiente é considerado atualmente objeto de tutela penal, não é pacífico o entendimento doutrinário acerca da utilização do direito penal como método eficaz e legítimo para protegê-lo” (MILARÉ; COSTA JR.; COSTA, 2013, p. 26).

Para o exame, neste trabalho, do papel e limites do Direito Penal na proteção ambiental, é importante a análise do bem jurídico-penal meio ambiente. Para tanto, faz-se necessária a incursão sobre o desenvolvimento da evolução legislativa brasileira de tutela do meio ambiente — até a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), assim como a compreensão jurídica do termo meio ambiente.

Estabelecidos esses pontos, adentra-se à análise da teoria do bem jurídico-penal, no sentido de se delinear a compreensão de bem jurídico-penal ambiental.

3 O BEM JURÍDICO MEIO AMBIENTE

A relação entre a humanidade e o meio ambiente é relevante desde o início da existência humana. O meio ambiente sempre foi importante ao sustento, à sobrevivência e à evolução da espécie humana. Entretanto, a ótica e a tônica dessa inter-relação têm distintas concepções de acordo com o contexto e grau de organização e desenvolvimento da civilização.

Conforme Herman Benjamin,

A relação do homem com seu meio ambiente foi sempre de temor-dependência. Não era para menos. A natureza subjugava e atormentava os primeiros seres humanos. Hoje, somos nós quem transformamos e - pelo menos assim pensamos - dominamos o meio ambiente.

Em tempos remotos, os seres humanos não viviam *na* ou *com* a natureza, mas *contra* a natureza. Esse pensamento, de tão arraigado, subsiste até os dias atuais, corroendo, na forma de agressão continuada, as bases ecológicas que dão sustentação ao planeta. Presentemente, com a capacidade que adquirimos de proteger-nos, fazendo uso de avançada tecnologia, os temores e desconfianças primitivos não mais se justificam (BENJAMIN, 1999, p. 62).

O ordenamento jurídico tem como fim maior a regulação da vida em sociedade e, para tanto, possui como objeto as relações e os bens — que se tornam jurídicos — que compõem as interações sociais. François Ost (1995, p. 21) entende que o sistema jurídico é uma instituição, cuja função é “afirmar o sentido da vida em sociedade. Para além das suas funções repressivas e administrativas, o direito é, antes de mais, isso mesmo: uma palavra, socialmente autorizada, que denomina, classifica e arbitra”.

Nessa ordem de ideias, o meio ambiente, intrinsecamente relacionado à condição humana, foi e é alvo da atividade legiferante, sendo que sua concepção legal se altera (evolui) de acordo com o contexto da própria sociedade.

3.1 Evolução legislativa no Brasil da tutela do meio ambiente

“A proteção da natureza através das leis ambientais já existe há vários séculos, testemunhando a História que o maior número de leis era produzido nos períodos em que ocorriam ameaças ao abastecimento de gêneros alimentícios” (WAINER, 1996, p. 706).

No Brasil, colonizado por Portugal até o início do século XIX, os primeiros registros normativos que envolvem o meio ambiente remontam o período das ordenações. Nesse

período, estavam vigentes as Ordenações Afonsinas, que tiveram por fonte básica o Direito Romano e o Canônico.

Com base no estudo de Ann Helen Wainer (1996), apresenta-se breve histórico de previsão normativa do meio ambiente no período colonial.

Nas Ordenações Afonsinas, constata-se a preocupação com a falta de alimentos, notadamente daqueles oriundos do trigo e da cevada, razão pela qual houve a determinação àqueles que possuíam terra que as lavrasse e as semeasse, sob pena de perdimento da dita terra. Diante da escassez de alimentos em Portugal, como estímulo ao cultivo, foram criadas as sesmarias. Destas, somente as Ordenações Manuelinas e Filipinas receberam a tônica do povoamento com o fito de unidade e defesa do território (WAINER, 1996).

Nas Ordenações Afonsinas, segundo Ann Helen Wainer (1996), também foi realizada a previsão do crime de furto de aves, que foi equiparada às demais espécies de furtos. Previa-se a reparação monetária, pelo infrator, ao proprietário prejudicado pela perda do animal. Era ainda tipificado como crime de injúria ao rei, o corte de árvores frutíferas. “É sob a ótica desse quadro legislativo que reflete, de forma nítida, o déficit alimentício de Portugal e sua política expansionista ultramarina que a terra do Brasil é descoberta” (WAINER, 1996, p. 708).

Nas Ordenações Manoelinas, no Livro V, Título LXXXIII, consta a proibição da caça a perdizes, lebres e coelhos por meio de instrumentos capazes de causar-lhes a morte com dor e sofrimento; a proibição de venda de colmeias quando não houvesse sido preservado a vida dos insetos, no Livro V, Título XCVII (WAINER, 1996), o que foi uma evolução, não sob o viés de preservação, mas de conservação.

Nas Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXXVIII, consta a proibição da pesca em determinadas épocas e com certos instrumentos. O conceito de poluição, de modo precursor, foi previsto no §7º do supramencionado Livro e Título, que proibia qualquer pessoa de jogar material que sujasse as águas dos rios e das lagoas, promovendo matança de peixes e sua criação (WAINER, 1996).

Em 1605 “foi editada a primeira lei protecionista florestal brasileira, o ‘Regimento sobre pau-brasil’, que continha penas severíssimas para aqueles que cortassem a madeira sem expressa licença real” (WAINER, 1996, p. 712).

Essas previsões legislativas, por mais avançadas que pudessem ser para a época, traziam o viés de proteção de bens de valor econômico, apesar de inaugurarem a tutela, pelo Poder Público, de alguns recursos naturais.

Após a independência do Brasil, foi outorgada a Constituição do Império de 1824, que não fez qualquer referência à proteção do meio ambiente, assim como foi silente a respeito, o primeiro Código Criminal (FREITAS; FREITAS, 2012, p. 25).

Segundo Vladimir Passos Freitas e Gilberto Passos Freitas (2012, p. 25), “o Código Penal de 1890, feito no advento da República, punia o crime de incêndio e o corte de árvores nas ruas, praças e logradouros públicos (arts. 41 a 390).”

O Código Civil de 1916, editado sob a égide da Constituição de 1891, tratou da fauna de modo indireto, ao regulamentá-la como bem móvel – semovente, no Título II “Da propriedade”, no capítulo III, “Da aquisição e perda da propriedade móvel” (art. 592 ao art. 602), que tratava da ocupação, da caça e da pesca. “O Código Civil de 1916 tratou da caça e da pesca, numa perspectiva individualista-privatística, estritamente econômica” (BENJAMIN, 1999, p. 75).

Em 1934 editou-se o primeiro Código Florestal (Decreto n.º 23.793, de 23 de janeiro de 1934), que trouxe em seu bojo condutas típicas, que foram divididas inclusive em crimes e contravenções. Com o advento do Código Penal em 1940, a Lei de Introdução estabeleceu no seu art.3º que os crimes previstos no então Código Florestal que não foram tipificados pelo Código Penal, passariam a ser contravenções (FREITAS; FREITAS, 2012, p. 25).

Ainda em 1934, adveio o Código de Águas (Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934), e em 1938, o primeiro Código de Pesca (Decreto-Lei n.º 794, de 19 de outubro de 1938).

Em 1943 foi aprovado o Código de Caça (Decreto-Lei n.º 5.894, de 20 de outubro de 1943) que também tinha em seu bojo dispositivos penais (FREITAS; FREITAS, 2012, p. 25). O Código de Caça foi derogado pela Lei n.º 5.197, de 03 de janeiro de 1967, posteriormente batizada de “Lei de Proteção à Fauna”. Para Herman Benjamim (1999) a própria mudança de denominação do Código de Caça deixou clara a mudança de postura do legislador quanto à temática:

A modificação de “Código de Caça para “Lei de Proteção à Fauna” não tem significado meramente retórico. O legislador envia a todos a mensagem de que deixamos de tutelar a fauna para os caçadores, passando a fazê-lo como medida que interessa à totalidade dos cidadãos, às futuras gerações e à manutenção dos processos ecológicos. Não seria equivocado dizer que a fauna começa a ser juridicamente resguardada em si mesma, independentemente do seu valor econômico ou científico para os seres humanos (BENJAMIN, 1999, p. 75-76).

O Código Florestal de 1965, Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965, introduziu várias contravenções penais no seu art. 26, sendo que também foram previstas infrações

penais na citada Lei de Proteção à Fauna. Posteriormente, foi promulgada a Lei n.º 7.653, de 12 de fevereiro de 1988, que elevou a crimes aquelas contravenções da Lei de Proteção à Fauna e previu delitos relacionados à pesca (FREITAS; FREITAS, 2012).

A evolução demonstra que as previsões legislativas de proteção do meio ambiente não tinham por foco a proteção desse bem por si, mas, sim, o amparo a um interesse econômico, já que a perspectiva era eminentemente patrimonial. Todavia, não se pode ignorar que constituem as primeiras manifestações legais sobre o tema, ainda que sob a ótica conservacionista, vale dizer, que mais se assemelha a uma política de estoque de matérias-primas, e não sob a ótica de preservação propriamente, pelo bem ambiental em si. Segundo Herman Benjamin,

A questão ambiental, no período colonial, imperial e republicano, este até a década de 60 do atual século, juridicamente não existia, caracterizadas as iniciativas pontuais do Poder Público mais como conservação do que propriamente preservação. Esta, pois, a *fase da exploração desregrada* ou do *laissez-faire ambiental*, em que a conquista de novas fronteiras (agrícolas, pecuárias e minerárias) era tudo o que importava na relação homem-natureza. Tinha na omissão legislativa seu traço preponderante, relegando-se eventuais conflitos de cunho ambiental quando muito ao sabor do tratamento pulverizado, assistemático e privatístico dos direitos de vizinhança (BENJAMIN, 1999, p. 45).

Da colonização até meados do século XX, o tratamento legislativo do meio ambiente era escasso e pontual, atendendo a interesses eminentemente econômicos. No final da década de 60 do século XX, a Suécia propôs à Organização das Nações Unidas o debate acerca dos principais problemas ambientais, que já estavam em patamar global, relacionando-o a questões socioeconômicas, ligadas em especial ao crescimento demográfico, ao crescimento econômico e industrial e à devastação dos recursos naturais.

Essa proposta culminou na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, ocorrida em junho de 1972, em Estocolmo, com a participação de cento e treze países. Como resultado dessa conferência, criou-se o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente — PNUMA, como também houve a aprovação da Declaração sobre o Meio Ambiente, conhecida como Declaração de Estocolmo, que consagrou 26 princípios norteadores de comportamentos e responsabilidades socioambientais. De acordo com José Afonso da Silva,

A Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados (SILVA, 2003, p. 69).

“A visão protecionista surgida a partir da Conferência de Estocolmo em 1972 influenciou ordenamentos jurídicos de vários países, dentre eles o Brasil” (THOMÉ, 2014, p. 110). Em 30 de outubro de 1973, por meio do Decreto n.º 73.030, instituiu-se a Secretaria Especial do Meio Ambiente, no âmbito do Ministério do Interior, com o fito declarado de orientar uma política de conservação do meio ambiente e uso racional dos recursos naturais.

Ainda na década de 70 do século XX, outros importantes diplomas legais para tutela do meio ambiente foram editados, valendo citar o Decreto-Lei n.º 1.413, de 14 de agosto de 1975, sobre controle da poluição do meio ambiente, provocada por atividades industriais bem como a Lei n.º 6.453, de 17 de outubro de 1977, sobre responsabilidade civil por danos nucleares e responsabilidade criminal por atos relacionados a atividades nucleares.

Em 31 de agosto de 1981, foi editada a Lei n.º 6.938, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, a partir da qual Herman Benjamim (1999, p. 46) considera que se inicia a “fase holística, na qual o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, vale dizer, como sistema ecológico integrado (resguardam-se as partes a partir do todo) e com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico).”

A Constituição da República (BRASIL, 1988), no seu artigo 225, estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, e a proteção ambiental é direito e dever de todos. Esse foi o primeiro texto constitucional brasileiro a utilizar a expressão meio ambiente, dedicando-lhe um capítulo próprio, complementado por dispositivos esparsos no corpo constitucional que, direta ou indiretamente, também tratam a temática.

Pode-se afirmar que a proteção e promoção do meio ambiente, pela Constituição da República de 1988, inaugura, no Brasil, novo valor constitucional, um direito fundamental ao meio ambiente, que é, ao mesmo tempo, direito e dever de todos, Estado e cidadãos. Os desastres ambientais, somados ao movimento ambientalista que ganhou força a partir da década de 70 do século XX, culminaram na expansão da consciência da essencialidade da qualidade do meio ambiente como forma de assegurar uma vida digna, saudável e segura não só para as gerações presentes, mas inclusive para as do porvir.

Segundo Edis Milaré (2013, p. 240) foi a partir da década de 1980 é que a legislação ambiental “[...] passou a desenvolver-se com maior consistência e celeridade. É que o conjunto das leis até então não se preocupava em proteger o meio ambiente de forma específica e global”.

Adriano Stanley Rocha Souza, ao analisar a evolução das normas ambientais no Brasil, destaca que antes da Constituição de 1988:

Quando muito, eram normas infra-constitucionais elaboradas em diferentes períodos da história nacional, com preocupações díspares e desarmônicas, cada qual cuidando da proteção de recursos naturais diferentes, não se podendo falar na existência de um conjunto de normas legais com a mesma filosofia, que tivessem por escopo a preservação do meio ambiente como um todo, que levassem em consideração toda a complexidade que é peculiar à matéria (SOUZA, 2010, p. 22-23).

Para José Afonso da Silva (2003, p. 28) “o problema de tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade de vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano.”

François Ost (1995) considera que é significativa a evolução legislativa a respeito do meio ambiente. Segundo o autor,

Se, nos primeiros tempos da proteção da natureza, o legislador se preocupava exclusivamente com tal espécie ou tal espaço, beneficiando dos favores do público (critério simultaneamente antropocêntrico, local e particular), chegamos hoje à proteção de objetivos infinitamente mais abstractos e mais englobantes, como o clima ou a biodiversidade (OST, 1995, p. 112).

Edis Milaré (2013) aponta quatro marcos mais importantes, a partir da década de 1980, na tutela do meio ambiente no Brasil: a edição da já citada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981; a Lei da ação civil pública, que instrumentaliza a defesa de direitos difusos e coletivos, Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; a promulgação da Constituição da República de 1988; e a edição da Lei dos crimes e infrações ambientais, Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Essa evolução legislativa demonstra o progressivo movimento de uma “consciência ecológica”, o compromisso humano com um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A par da importância dos direitos sociais, econômicos e culturais, ganham corpo os direitos ambientais, e por que não dizer, socioambientais, baseados na solidariedade intergeracional.

Trata-se de novo paradigma para o sistema jurídico, que provoca vários desafios, em especial para o Direito Penal, que já está vivenciando sua própria crise e questionamentos, como demonstrado pelo confronto entre o Direito Penal clássico e moderno.

Em 1998, como dito, editou-se a Lei n.º 9.605, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e, conforme concepção de Herman Benjamin (1999, p. 47), “com idêntica filiação holística e fechando o círculo da regulação legal (que agora é administrativa, civil e penal) [...]”

É justamente sobre a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais, o foco de debate deste trabalho, que visa analisar os limites do

Direito Penal como instrumento de proteção do meio ambiente, o que se configura como uma das formas de materialização do Estado socioambiental.

3.2 Natureza jurídica do bem meio ambiente

A tradicional dicotomia dos interesses ou direitos, em privado ou público, advém de uma histórica polarização da titularidade entre indivíduo e Estado. Acontece que, para além do individual e do Estatal, ganhou expressão uma categoria de interesses e direitos que dizem respeito à coletividade, no sentido amplo, ou seja, em que a titularidade suplanta o aspecto do indivíduo, mas que não pertence ao Estado, um *tertium genus* que é da ordem do metaindividual, e ecoa em número determinado ou indeterminado de pessoas.

Como destacado, inicialmente, o tratamento jurídico dado ao meio ambiente era sob uma perspectiva patrimonial, notadamente pelo Direito Civil, ramo do ordenamento jurídico com notável destaque no início do século XX, o que perdurou por décadas.

Naquele contexto, o tratamento jurídico dado à fauna, por exemplo, comprova a concepção patrimonial-individualista, tendo em vista que, ou a fauna era considerada juridicamente como propriedade privada — bem móvel semovente —, ou era classificada como *res nullius*, ou seja, algo passível de domínio, aquilo que “em um dado momento não possuía senhor, seja pelo fato de nunca ter tido um, seja, ainda, por ter sido abandonado” (FIORILLO, 2013, p. 303).

Esse era o regime legislativo verificado sob o prisma do Código Civil de 1916, do Código de Pesca (Decreto-lei n.º 794, de 19 de outubro de 1938) e do Código de Caça (Decreto-Lei n.º 5.894, de 20 de outubro de 1943), ou seja, o aspecto patrimonial numa perspectiva eminentemente individual, da ordem do Direito privado.

Com o advento da Lei n.º 5.197, de 03 de janeiro de 1967, Lei de Proteção da Fauna, estabeleceu-se que a fauna silvestre é de propriedade do Estado, dando ensejo à perspectiva de Direito Público, meio ambiente como bem público, conforme estabeleceu o seu artigo 1º:

Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais **são propriedades do Estado**, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha (BRASIL, 1967, grifo nosso).

A dualidade entre público e privado é bem caracterizada pelo Código Civil de 2002. São considerados “públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de

direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”, segundo o artigo 98 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002). O artigo 99 do Código Civil (BRASIL, 2002), classifica os bens públicos em: de uso comum do povo, de uso especial e dominicais, no seguinte sentido:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispõem a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Herman Benjamin (1993) entende que o meio ambiente tem natureza jurídica de bem público, bem de uso comum do povo, segundo a acepção de macrobem. Defende o citado autor, ser o meio ambiente um macrobem, quando visto como um todo, enquanto um ecossistema, sendo que os elementos que o compõem, tais como um rio específico, a colina tal, são tratados na acepção microbem. Nas palavras de Benjamin:

Logo, o meio-ambiente, como macrobem, é bem público, não porque pertença ao Estado (pode até pertencê-lo), mas porque se apresenta no ordenamento, constitucional e infraconstitucional, como "direito de todos", como bem destinado a satisfazer as necessidades de todos. É bem público em sentido objetivo e não em sentido subjetivo, integrando uma certa "dominialidade coletiva", desconhecida do Direito tradicional Público, então porque incapaz de apropriação exclusivista, porque destinado à satisfação de todos e porque, por isso mesmo, de domínio coletivo, o que não quer dizer de domínio estatal (BENJAMIN, 1993, p. 60).

A clássica divisão dos bens, em público e privado, não é suficiente para tratar a complexa titularidade de interesses e direitos na atual sociedade. “Diz-se público as normas que protegem, predominantemente, interesses do Estado; de direito privado, quando amparam, também predominantemente, interesses particulares” (MARQUES, 2010, p. 7). Nesse sentido diz Rodolfo de Camargo Mancuso:

Em outras palavras, a realidade é muito complexa e seus elementos estão constantemente interagindo, de modo que não se pode enquadrar todo esse fenômeno em dois compartimentos estanques: público e privado. O ‘temido’ terceiro termo de há muito está presente na sociedade, formado de elementos que deparam esse binômio (MANCUSO, 2000, p. 42).

Para além da dicotomia entre público e privado, trabalha-se com a categoria dos interesses e direitos transindividuais, difusos ou coletivos, “os interesses da coletividade, assentados em bens e direitos sem titulares determinados e com objeto indivisível” (MARQUES, 2010, p. 8). Caracterizados pela insuscetibilidade de apropriação exclusiva, os interesses difusos não se referem a sujeitos determinados e possuem objetos indivisíveis, de modo que não há possibilidade de quotizar para pessoas específicas.

A Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 2º, inciso I, considera o “meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista seu uso coletivo.” A partir de 1981, pode-se constatar o aspecto coletivo, difuso, dado pela legislação ao meio ambiente, o que foi reforçado em 1985 pela Lei da Ação Civil Pública, e assentado em 1988 com o advento da Constituição da República, em cujo artigo 225, estabelece ser o meio ambiente ecologicamente equilibrado, um bem de uso comum do povo (BRASIL, 1988).

José Roberto Marques (2010) assevera que os interesses difusos já existiam, porém somente tornaram-se reconhecidos juridicamente, como direitos difusos, recentemente. Após a Revolução Industrial, com a produção e consumo em massa, os interesses da coletividade, relacionados a bens e direitos com objeto indivisível, começaram a despontar de forma mais intensa. Complementa o citado autor:

Ao analisar essa sociedade complexa, Mauro Cappelletti concluiu que a tradicional divisão do direito, em público e privado, já não atendia à necessidade de efetiva proteção de direitos que pertenciam à coletividade e não mais ao Estado ou ao particular individualmente. E comprometia, inclusive, o acesso à Justiça, pois o interesse de uma determinada pessoa poderia ser de reduzida proporção, inviabilizando a formulação de uma pretensão junto ao Judiciário para recompor seu direito (MARQUES, 2010, p. 8).

O marco característico dos direitos difusos é a indeterminação dos titulares e a impossibilidade de partilhamento, divisão do objeto, o que remonta ao meio ambiente, pois este não pertence a ninguém, mas a todos na mesma medida, não admitindo partilha individual.

Beatriz Souza Costa (2010, p. 72) preconiza que “o bem ambiental está diretamente ligado à sua natureza jurídica. Conforme a Constituição Federal, ela é difusa. Sendo assim, esse bem não integra o patrimônio público, mas é patrimônio difuso de ‘todos’.”

Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 151) entende que o meio ambiente “entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas espraiando para uma coletividade indeterminada.”

No mesmo sentido, mostra-se o entendimento de Manuela Flores (1996 p. 11), para quem “o bem jurídico ambiente diz respeito a coletividade e não meramente ao indivíduo. Trata-se de um bem inapropriável individualmente, de um bem unitário, que não pode ser atribuído em exclusividade a qualquer sujeito.”

Adriano Stanley Rocha Souza, igualmente compreende o meio ambiente como direito difuso:

E, na medida em que o meio ambiente é classificado, no texto constitucional, como sendo um bem de uso comum do povo, a consequência imediata de tal classificação é a de que o meio ambiente se constitui como um típico direito difuso, merecendo as garantias e defesas a este reservadas [...] (SOUZA, 2010, p. 22-23).

José Carlos Barbosa Moreira, ao expor sobre os direitos difusos, leciona que:

Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a 'quota' de um e onde começa a do outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão de inteira coletividade (MOREIRA, 1984, p. 195).

Nos termos da definição legal, estabelecida pelo artigo 81, parágrafo único, inciso I da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, os interesses ou direitos difusos são transindividuais, de natureza indivisível, dos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.

Toshio Mukai (2004) afirma que o doutrinador italiano Mauro Cappelletti aponta como típico interesse difuso o direito ao meio ambiente natural, o respeito às belezas monumentais ou arquitetônicas, o direito a um harmonioso desenvolvimento urbanístico.

Herman Benjamin (1993), conquanto defenda que a natureza jurídica do meio ambiente trata-se de bem público, não desconsidera a categoria difusa, entretanto, tratando-a como um interesse, sob o prisma da legitimação para agir.

Para Beatriz Souza Costa e Elcio Nacur Rezende (2012, p. 4623), “meio ambiente é um bem jurídico único, difuso e formado por diferentes elementos que o faz ser um elemento complexo, por isso mesmo necessita de um tratamento sistemático.”

Luís Greco define bem coletivo, no sentido lato, como “aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos (2012, p. 354), e cita como exemplo de sua afirmação justamente o meio ambiente, ao dizer que a “pureza do ar” não

pode ser destinada em parcelas para certos indivíduos, sendo o mesmo benefício ou malefício igual para todos indistintamente.

Sintetiza bem, Rui Carvalho Piva:

[...] o nosso legislador constitucional traçou as diretrizes que nos permitem a identificação da natureza jurídica deste direito. Se o uso deste bem está disponível e assegurado para todos, certamente estamos diante de um bem vinculado a interesses transindividuais, mais do que individuais. Estamos também diante de um bem cuja titularidade, restrita à faculdade de uso, é indeterminada, porque *todos* é um pronome indefinido, cuja utilização instaura a indeterminação. [...] Mais ainda, ao determinar este uso comum, o legislador estabeleceu a natureza indivisível deste direito ao meio ambiente equilibrado. [...]
Assim sendo, fica demonstrada a natureza jurídica difusa do Direito Ambiental e do bem jurídico por ele protegido (PIVA, 2000, p. 33-34).

Alinhamo-nos aos doutrinadores que depreendem a natureza jurídica do bem meio ambiente como difusa. Na literalidade do mandamento constitucional – artigo 225 da Constituição da República (1988), o meio ambiente é bem de uso comum do povo, o que se interpreta como de interesse público no sentido de transindividual, tratando-se um bem de titularidade difusa, pertencente a toda a coletividade, impassível de divisão, cuja incumbência de administração é do Poder Público, por meio de atos de gestão, proteção e preservação para as presentes e futuras gerações.

A natureza jurídica de bem supraindividual do meio ambiente tem significativa relevância para a valoração político-criminal e a estruturação da dogmática penal no contexto do pós-industrialismo. Como visto, o Direito Penal clássico, de raiz e base Iluminista, na atualidade sofre grande pressão para alargamento de suas fronteiras, de molde a abarcar problemas da (pós-)modernidade, ligados à noção de bens transindividuais. Mas há limites a essa atuação do Direito Penal? Entendemos que sim. Portanto, deve-se discutir quais são esses limites e qual é a melhor maneira de tratar juridicamente a temática sem que isso signifique arrefecimento da proteção do bem jurídico, especificamente, do meio ambiente.

Antes de adentrar-se à análise do bem jurídico-penal, discutir-se-á qual é a compreensão jurídica de meio ambiente, com vistas a delimitar o alcance desse bem jurídico-penal.

3.3 O alcance jurídico do conceito de meio ambiente

O conceito de meio ambiente, numa perspectiva jurídica, não se esgota em um entendimento hermético e estático. O conteúdo jurídico do que se compreende por meio

ambiente importará em balizas ao entendimento daquilo que poderá vir a ser alçado como bem jurídico-penal ambiental.

Beatriz Souza Costa (2010) aduz que:

É difícil elaborar um conceito de meio ambiente válido para todas as épocas e pessoas. O significado do termo, às vezes tão óbvio, é, na verdade, vasto e dá margens a vários tipos de entendimentos, sem garantir, no entanto, que uns e outros estejam incorretos ou incompletos. Isso dependerá de vários fatores, entre eles a visão de vida do autor e sua área de formação (COSTA, B. 2010, p. 55).

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013, p. 133) assevera que “o meio ambiente pertence a uma daquelas categorias cujo conteúdo é mais facilmente intuído que definível, em virtude da riqueza e complexidade do que encerra.”

Constatam-se, na doutrina, duas principais perspectivas da compreensão jurídica de meio ambiente: uma estrita ou reducionista, que se limita aos recursos naturais; e outra ampla, que vai além da concepção natural, e, trabalha com uma divisão didática do termo, a fim de abarcar as várias acepções do meio ambiente, que é uno e indivisível.

Nesse sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013) destaca o meio ambiente como sendo unitário, entretanto a doutrina apresenta uma divisão didática, com vistas a dissecar os aspectos que o compõem, como forma de “facilitar a identificação da *atividade* degradante e do *bem imediatamente agredido*” (2013, p. 61).

Ramón Martín Mateo (1991, p. 86) aduz um conceito reducionista de meio ambiente, o qual se restringe ao aspecto natural, de modo que compreende meio ambiente como o “entorno natural, constituindo-se em bens tutelados apenas os recursos naturais comuns – a água e o ar -, visto que, uma vez inadequadamente manejados, veiculam uma série de transtornos dos sistemas naturais.”²

O legislador infraconstitucional definiu meio ambiente, por meio da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, no artigo 3º, inciso I, como sendo “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Beatriz Souza Costa (2010, p. 57) conceitua meio ambiente como “o conjunto de elementos naturais e artificiais partilhados com seres humanos e não humanos, necessários ao desenvolvimento e sobrevivência dessas espécies de forma harmônica e solidária.”

Uma ideia imanente ao meio ambiente relaciona-se ao chamado meio natural ou físico, compreendido como aquele que existe de forma independente da influência do homem,

² Original em espanhol, tradução nossa.

constituído pelos elementos bióticos, a fauna, flora, e abióticos, atmosfera, água, solo, subsolo. É composto pelos seres vivos e não vivos de um ecossistema.

Classifica-se o meio ambiente como artificial ao considerá-lo resultante da interação do homem com o meio ambiente natural. Compõe-se pelo espaço urbano construído, consubstanciado nas edificações e equipamentos públicos, tais como as praças, as ruas, sendo diretamente ligado à ideia de cidade.

O meio ambiente é caracterizado como cultural em referência aos bens materiais e imateriais que constituem a identidade e a memória dos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira. O patrimônio cultural encontra-se tutelado pelo artigo 216 da Constituição da República de 1988, e compõe-se dos valores históricos, artísticos, arqueológicos, paisagísticos e turísticos. Segundo Luís Paulo Sirvinskas, o meio ambiente cultural:

Trata-se de uma criação humana que se expressa em suas múltiplas facetas sociais. A cultura, do ponto de vista antropológico, constitui o elemento identificador das sociedades humanas e engloba a língua pela qual o povo se comunica, transmite suas histórias e externa suas poesias, a forma como prepara seus alimentos, o modo como se veste e as edificações que lhe servem de moradia, assim como suas crenças, sua religião, o conhecimento e o saber fazer as coisas [...] (SIRVINSKAS, 2012, p. 637).

José Afonso da Silva (2003) compreende o meio ambiente nas concepções natural, artificial e cultural:

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do meio ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais (SILVA, 2003, p. 20).

José Roberto Marques (2010), ao abordar o tema do conceito jurídico de meio ambiente, cita Luis Ortega Álvarez, autor que aduz que na doutrina espanhola prevalece a visão tripartida do meio ambiente, o natural, o social (cultural) e o artificial (urbano):

[...] registrando vários posicionamentos da doutrina espanhola, anota três escalões de conteúdos essencialmente abarcados pela expressão [meio ambiente]: em uma acepção estritamente natural, compreende os recursos naturais e a fauna e a flora; uma segunda acepção inclui o meio ambiente em sua acepção social, com os conceitos de bem-estar, qualidade de vida e desenvolvimento da personalidade; e uma terceira em que estão os elementos da ordenação do território e as infraestruturas, como o *habitat* humano, os transportes, os monumentos etc. O meio ambiente do trabalho, não foi, dessa forma, reconhecido pela doutrina espanhola como um aspecto do meio ambiente [...] (MARQUES, 2010, p. 19).

Para além dessa classificação tripartida de meio ambiente, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013) acrescenta o meio ambiente do trabalho, e aduz que este constitui “[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores” (FIORILLO, 2013, p. 65).

Comunga da divisão estratificada quadripartite, Luís Paulo Sirvinskaskas:

Partindo desse conceito doutrinário, podemos dividir o meio ambiente em: a) meio ambiente natural – integra a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna, a flora, a biodiversidade, o patrimônio genético e a zona costeira (art. 225 da CF); b) meio ambiente cultural – integra os bens da natureza material e imaterial, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (arts. 215 e 216 da CF); c) meio ambiente artificial – integra os equipamentos urbanos, os edifícios comunitários (arquivo, registro, biblioteca, pinacoteca, museu e instalação científica ou similar) (arts. 21, XX, 182 e s. e 225 da CF); d) meio ambiente do trabalho – integra a proteção do homem em seu local de trabalho, com observância às normas de segurança (arts. 7º, XXII, e 200, VII e VIII, ambos da CF). (SIRVINSKAS, 2012, p. 127).

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade – ADI 3.540-MC – adotou a classificação quadripartida de meio ambiente. Consta do voto relator que:

[...] a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art.170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de **meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral**. (BRASIL, 2005, grifo nosso).

Neste trabalho entende-se que a compreensão jurídica do bem meio ambiente não deve se restringir ao meio natural, contudo, uma visão mais ampla merece cautela e equilíbrio nos critérios de classificação. Isso porque, ao se conceber o meio ambiente de forma ampla, há que se ter cuidado para a concepção não se tornar demasiadamente extensa e abstrata, o que poderá implicar em perda de legitimação. É notável que, quanto maior o alcance e abstração conceitual, mais distante se torna a sua compreensão e concretude.

Destarte, não nos filiamos à concepção restrita de meio ambiente, dada relevância e características do Direito Ambiental no que pertine ao meio ambiente cultural, artificial e do trabalho. Entrementes, ainda não nos convencemos de um alargamento ainda maior da

acepção ampla, ora apresentada, a ponto de abarcar o que já se defende como “meio ambiente digital” (FIORILLO, 2013, p. 65).

Passa-se à análise das visões antropocêntricas e ecocêntricas do meio ambiente, cujas influências adquiriram relevância no discurso jurídico, notadamente a partir da década de 70 do século XX, quando a consciência sobre o impacto da atividade produtiva e o consumo em massa na vida do Planeta, tornou-se mais latente. Adiante, faz-se a abordagem do bem jurídico-penal, com o objetivo de alcançar a dimensão do bem jurídico-penal meio ambiente na complexificação social da sociedade de risco.

3.4 Ecocentrismo *versus* Antropocentrismo

Há duas principais visões sobre o meio ambiente: a ecocêntrica e a antropocêntrica, as quais tratam das diferentes óticas para lidar com a relação milenar ser humano-meio ambiente. A citada relação é milenar, mas essas concepções (que não são novas, diga-se de passagem) ganham outro relevo em tempo recente da História, de maneira especial a partir da consciência humana em relação à crise ambiental emergida em razão da busca pelo crescimento econômico a qualquer custo, em torno da década de 70 do século XX.

A percepção, pelo ser humano, de que o meio ambiente é um recurso finito, bem como o fato de desastres ambientais terem a potencialidade de colocar em risco a própria existência humana, expôs nova roupagem ao debate ambiental. Percebe-se que uns, estimulados pela grandeza e importância do meio ambiente em si, e outros, impulsionados pela preocupação com a escassez de recursos naturais e suas consequências para o desenvolvimento humano, econômico e social, convenciam sobre a necessidade de desenvolver sem degradar, promover o bem-estar associado com a proteção ambiental.

Ainda que sem aprofundar em demasia nessas concepções, para não fugir ao tema central deste trabalho, julga-se importante os apontamentos a serem desenvolvidos nesse tópico, considerando-se sua influência na acepção de bem jurídico-penal ambiental, o que será de relevo para o desenvolvimento dos argumentos defendidos na presente dissertação.

Em linhas gerais, a corrente antropocêntrica defende a tutela e o valor do meio ambiente, em decorrência da sua essencialidade para a vida humana. A preservação do meio ambiente é elemento fundamental para a digna sobrevivência da humanidade, tendo por foco a interdependência e inter-relação do ser humano com o meio ambiente. Esta visão tem como eixo principal do sistema o ser humano.

O antropocentrismo parte de uma visão cuja referência é o ser humano. Afirmam Édis Milaré e José de Ávila Aguiar Coimbra (2004, p. 9) que:

Antropocêntrico vem a ser o pensamento ou a organização que faz do Homem o centro de um determinado universo, ou do Universo todo, em cujo redor (ou órbita) gravitam os demais seres, em papel meramente subalterno e condicionado. É a consideração do Homem como eixo principal de um determinado sistema, ou ainda, do mundo conhecido. Tanto a concepção quanto o termo provêm da Filosofia.

Lado outro, a visão ecocêntrica vislumbra um valor intrínseco à natureza, independentemente de sua utilidade ou importância para o ser humano, considerando-o parte deste universo, com *status* de igualdade com os demais elementos que compõem o meio ambiente. Busca conferir igual valor ético ao ser humano, aos animais e aos vegetais, com conotação holística. É um pensamento filosófico surgido no século XX, a partir da tomada de consciência da crise ecológica, e busca implementar uma nova ordem valorativa, que confere à natureza o mesmo valor ético dado ao ser humano (COSTA, H. 2010, p. 24).

Segundo Romeu Thomé (2013, p. 60), “a corrente ecocêntrica (ou biocêntrica) considera o ser humano como mais um integrante do ecossistema, do todo, onde a fauna, a flora e a biodiversidade são merecedores de especial proteção e devem ter direitos semelhantes aos dos seres humanos”.

A relação do homem com a natureza é de dependência desta, ao mesmo tempo em que a integra. Conforme Rodrigo Zouain da Silva (2012, p. 59):

A interação do homem com a natureza é paradoxal, uma vez que o homem, ao mesmo tempo em que é um animal que faz parte e integra a natureza, é extremamente dependente dela. Contudo, a ação antrópica passa a transformar a dinâmica natural do meio ambiente em maior intensidade, como um ser social e científico, colocando em risco a existência da natureza e, por consequência lógica, a sua.

Segundo Helena Regina Costa Lobo (2010) a visão ecocêntrica é incompatível com a própria ideia de ordenamento jurídico, e resulta em contrassenso a tentativa de fundar uma ética no Direito cujo valor central não seja o ser humano, uma vez que o Direito, por essência, é obra humana. Para a autora “o direito é produzido e aplicado pelo ser humano e tem como objetivo regular condutas humanas. Assim, não é lógico imaginar que o direito seja uma via adequada para tutelar supostos direitos da natureza, independentemente de qualquer relação com a pessoa” (2010, p. 24).

Uma visão moderada do antropocentrismo evolui a discussão para o estabelecimento da responsabilidade moral do ser humano pelo mundo em que vive e integra. A visão antropocêntrica apresenta evolução ao longo da história.

Inicialmente, vinculava-se a uma ideia utilitarista, a qual concebe o meio ambiente como uma fonte de recursos à disposição dos seres humanos, para dela usufruir e explorar, atendendo às necessidades humanas. O antropocentrismo, numa visão clássica, trabalha a natureza como objeto à disposição do homem. Essa concepção antropocêntrica utilitarista é característica sobretudo a partir da Revolução Industrial.

No entanto, a partir da década de 60, inicia-se um movimento de conscientização sobre a relevância da proteção ao meio ambiente. Vários fatores, tais como as tragédias ambientais e as novas descobertas científicas sobre as ameaças aos recursos naturais, contribuíram para uma mobilização popular em defesa do meio ambiente.

O crescimento econômico e a industrialização predatória trouxeram resultados preocupantes para o mundo, como a poluição do ar, da água e do solo. Nesse contexto, a Suécia propôs à ONU a realização de uma conferência internacional na qual fosse possível discutir os problemas ambientais de dimensões globais, e as questões socioeconômicas, principalmente no que se referia ao impacto do crescimento demográfico sobre os recursos naturais nos países pobres.

No mesmo período, no âmbito mundial, algumas organizações ambientais não governamentais despontavam de forma expressiva em defesa do planeta, por meio de denúncias e alertas. Além disso, diversos setores da sociedade mostravam-se descontentes quanto às repercussões da poluição sobre a qualidade de vida de seus cidadãos.

Esses movimentos, associados à crescente atenção internacional para a preservação da natureza, pressionaram politicamente os poderes públicos dos países a se manifestarem. Nesse cenário de intensos debates ambientais, os governantes de cento e treze países se reuniram para discutir, em Estocolmo, as principais questões ambientais vigentes à época.

A Conferência de Estocolmo Sobre Meio Ambiente Humano tornou-se uma das mais importantes tentativas de se estabelecerem parâmetros de orientação de normas internacionais de proteção ambiental. A partir da citada Conferência, inaugura-se uma discussão que engloba a análise de desenvolvimento, crescimento econômico e defesa ambiental. Esse contexto envolve a visão antropocêntrica protecionista.

A visão antropocêntrica protecionista tem como base a proteção do meio ambiente como proteção da vida humana digna. Meio ambiente saudável é aquele que atende às necessidades das presentes gerações, ao mesmo tempo em que se tomam medidas no sentido

de assegurar a preservação para as gerações futuras. O antropocentrismo protecionista ou moderado considera que a dignidade humana também perpassa a dimensão ecológica, assim como a social.

O relatório Brundtland ganhou destaque em razão da apresentação do conceito de desenvolvimento sustentável para o discurso público, o qual foi definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento — “Nosso Futuro Comum” — como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

Isso quer dizer que a sociedade não deve limitar suas ações às gerações presentes, mas responsabilizar-se na proteção dos recursos ambientais para as gerações futuras. A ideia a ser transmitida é a da conservação do ambiente saudável como um direito fundamental às gerações vindouras.

Em relação à corrente antropocêntrica, afirma Helena Regina Lobo da Costa (2010, p.26-27) que “não ignora nem o aspecto social do ser humano, tampouco suas necessidades em longo prazo, mas não permite que esses funcionalizem a pessoa. Além disso, é a única compatível com os ditames da Constituição Federal brasileira.”

De fato, a Constituição da República de 1988 tem visão antropocentrista protecionista do meio ambiente ao prescrever que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de *uso comum do povo*, impondo-se o dever de *defendê-lo e preservá-lo* para as presentes e futuras gerações.

Defende-se a essencialidade da proteção do meio ambiente dada a sua própria importância, contudo este não deve ser um objetivo absoluto e um valor em si mesmo, no sentido de se alijar o ser humano desse processo. É nesse cenário de equilíbrio (antropocentrismo protecionista ou moderado) que deve ser feita a interpretação dos princípios constitucionais, sendo possível e compatível o desenvolvimento humano, econômico e social e a proteção do meio ambiente.

A interpretação constitucional é parte integrante do processo de aplicação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, não sendo diferente em relação aos princípios da proteção do meio ambiente, da vida digna, do desenvolvimento econômico, todos com matriz na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

Nossa legislação infraconstitucional segue a visão constitucionista antropocentrista protecionista. Com foco na lei penal, notadamente a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, o meio ambiente é objeto de proteção pelo ser humano, enquanto bem essencial à sadia

qualidade de vida. O debate subjacente a este trabalho tem por premissa a visão antropocêntrica protecionista. Isso porque entende-se que o Direito Penal incorpora um papel importante na defesa do meio ambiente, porém, defende-se uma análise mais acurada sobre os contornos dessa atuação.

É amplamente comentado e aceito que o Direito Penal tem por função a proteção de bens jurídicos dotados de dignidade. Tal afirmação ganha relevos polêmicos quanto ao conceito de bem jurídico, em especial no contexto da sociedade de risco, permeada por bens transindividuais, e num momento em que o Direito Penal tem sido expandido para abarcar um papel tão preventivo, que vem fragilizando-o a ponto de, por vezes, paradoxalmente só restar ao ramo jurídico da *ultima ratio*, o valor simbólico.

Entende-se que para o meio ambiente ser bem jurídico-penal, é necessário definir critérios que estabeleçam as condições em que será legítimo o acionamento do Direito Penal para sua tutela. Nesse contexto, é com base na visão antropocêntrica protecionista que analisa-se os contornos defendidos no presente trabalho. Passa-se, pois, à análise do bem jurídico-penal, para então adentrar-se aos delineamentos do meio ambiente enquanto tal.

3.5 Bem jurídico-penal

Birnbaum, em 1834, cunhou o conceito de bem jurídico, que influenciou a dogmática penal dos sistemas romano-germânicos. O conceito, ao longo dos anos, foi objeto de diversas formulações, notadamente quanto à definição de seu conteúdo e sua natureza. O enfrentamento de cada uma dessas posições a respeito do bem jurídico-penal ultrapassa os objetivos deste trabalho, não obstante perpassar-se as principais teorias como forma de estabelecer as bases do desenvolvimento da hipótese ora defendida.

A teoria do bem jurídico surgiu como contraposição ao paradigma anterior, que compreendia o delito como lesão a direitos subjetivos, concepção defendida por Feuerbach, por volta de 1804. Esse autor do período Iluminista concebia o Estado como contrato, no qual os indivíduos cedem a liberdade natural em prol da organização civil que, por sua vez, compatibiliza a liberdade de cada um, com o fim de prover a convivência harmônica.

A partir do Iluminismo, busca-se uma legitimação racional do poder, afastando-se as ideias de ordem metafísica. Decorre da ideia de contrato social o direito subjetivo de liberdade de cada indivíduo, que somente pode ser limitado pelo direito subjetivo de outro indivíduo.

Nesse cenário, Feuerbach entendia o crime como a violação ao direito subjetivo de outrem. Dessa forma, limitava-se o Poder Punitivo Estatal, impossibilitado de considerar

crime a conduta que não lesionasse a convivência entre direitos subjetivos de liberdade. Ao definir o Estado como garantidor da harmônica convivência entre as liberdades individuais, Feuerbach cunhou um conceito material de delito, ou seja, somente poderia ser objeto de criminalização a conduta que violasse liberdade de outrem ou o direito subjetivo que dela deriva.

O movimento Iluminista, o qual influenciou a gênese da doutrina penal, desvincula o delito da noção de pecado. A ideia de punição em razão do desagrado ao Divino, de viés religioso, cede lugar à noção de descumprimento do contrato social, de viés ideológico-liberal.

A teoria de Feuerbach teve como mérito delimitar o exercício do *ius puniendi* Estatal pelo conteúdo material do conceito crime. Para o autor, incriminações somente seriam legítimas na medida em que se violassem direitos de um indivíduo. Conquanto tenha recebido seu valor, a teoria de Feuerbach foi objeto de oposição de Birnbaum quanto à compreensão de crime significar violação de direitos subjetivos.

Birnbaum, em que pese igualmente defender a limitação do arbítrio do Estado, entendia que a teoria penal também deveria fornecer ao juiz elementos concretos para avaliação da legitimidade de uma incriminação. Para Birnbaum, a teoria de Feuerbach era demasiadamente abstrata, uma vez que a violação de direito subjetivo não transmite, de fato, qual é o objeto de lesão criminalizado pelo Estado. Destarte, segundo Birnbaum, a referência para o conceito de delito não deveria ser extraída de um direito, mas de um bem (LUZ, 2013).

Luiz Regis Prado, citando Polaino Navarrete, aduz que “podemos afirmar que, ‘sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito primário, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito’” (PRADO, 2013, p. 21).

Birnbaum, ao defender a concepção de delito como lesão ou colocação em perigo bens atribuíveis aos seres humanos, abarcou maior espectro de comportamentos, indo além dos interesses individuais, para alcançar também interesses da comunidade. Nesse ponto, essencial se torna definir qual é a compreensão de “bem” cuja violação enseja a previsão delitiva. Segundo Birnbaum, “bem” teria natureza pré-jurídica, derivariam da natureza ou das necessidades da vida social, e que o legislador somente poderia criminalizar condutas que lesassem bens como vida, integridade, liberdade, propriedade, *etc*, o que foi denominado concepção naturalista de bem jurídico (LUZ, 2013).

Segundo Luiz Regis Prado (2013, p. 30), acerca da concepção de delito, Birnbaum “[...] observa ser decisivo para tutela penal a existência de um bem radicado diretamente no

mundo do ser ou da realidade (objeto material), importante para a pessoa ou a coletividade e que pudesse ser lesionado pela ação delitiva.”

Em meados do século XIX, influenciado pelo pensamento positivista, Binding procurou reformular o conceito naturalista de bem, defendido por Birnbaum. Para Binding, era inconcebível que conceitos metajurídicos condicionassem o Direito. Em outras palavras, não poderia haver um conceito prévio e externo ao Direito capaz de limitar no âmbito jurídico, o que seria proibido. Nessa concepção, o Estado tem o arbítrio de determinar o que quer punir, como forma de garantir as condições de vida em comum (LUZ, 2013).

Para Binding, “bem jurídico é tudo o que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, sendo, portanto, sua presença indispensável à configuração do delito. [...] O que realmente importa é a resolução legislativa de proteger juridicamente um bem” (PRADO, 2013, p. 32-33).

Portanto, Binding esvaziou o conceito natural, pré-positivo de bem jurídico, para evidenciar um conceito formal de delito, no qual bem jurídico é aquilo que o Estado (legislador) entende como essencial para a vida em comunidade. Ocorre que tal conceito formal de delito não era favorável ao cidadão que sentisse necessidade de questionar determinada criminalização, aliás, “como bem observa Hassemer, Binding não se perguntava se os membros da sociedade teriam interesse em uma dada incriminação, mas sim e apenas se a sociedade, *conforme avaliação do Estado*, o teria” (LUZ, 2013, p. 48).

Teóricos contemporâneos a Binding já criticavam o conceito formal de delito, pautado como aquilo que o legislador entendia como penalmente relevante, dada a impossibilidade de limitar o arbítrio estatal. Tal situação acabaria por legitimar qualquer conduta que viesse a ser tratada pelo Direito Penal, preocupação reforçada com o advento do período nazista (LUZ, 2013).

Franz von Liszt desenvolveu estudos relacionados ao conceito material de delito, um positivismo naturalista, contrário ao que entendia Binding. Para Liszt “a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra” [...] O fim do Direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa [...]” (PRADO, 2013, p. 35).

Adiante, adveio o pensamento de Hans Welzel, com vistas a rematerializar o conceito de crime, quando concebeu o Direito como realidade social, uma dimensão social que até então a dogmática penal passava ao largo. Segundo Welzel, a função do Direito Penal seria a de proteger os valores essenciais da vida em sociedade. Para tanto, analisa a ação sob dois aspectos: o desvalor de ação e o desvalor do resultado. Ao punir ações em razão do desvalor do resultado, segundo Welzel, o Direito Penal estaria protegendo bens jurídicos. Ao

punir em razão do desvalor da ação, o Direito Penal estaria protegendo valores sociais consubstanciados nas normas de conduta a que se referem, como vida, patrimônio, liberdade, honra, etc (LUZ, 2013).

Conforme Welzel, o Direito Penal, mais que proteger bens jurídicos violados (desvalor de resultado), atuaria antes, protegendo os valores sociais garantidos pelas normas penais (desvalor da ação). Segundo Yuri Corrêa da Luz (2013, p.56), “para Welzel, seriam bens jurídicos ‘*todo bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente*’.” Sob o modelo de Welzel, o Direito Penal deixa de proteger apenas lesão a bens, para alçar uma dimensão social.

Como visto, os modelos teóricos de delito perpassaram diversas formulações, devendo-se considerar outros que não foram objeto de análise neste espaço – para não fugir ao foco do trabalho – tais como Rocco, Hoing, Mezger, dentre outros, o que demonstra a dificuldade de se determinar um critério que estabeleça um rol de bens dignos de tutela penal. Assim, as teorias do bem jurídico deixam de ser um modelo positivo de legitimidade de atuação do Direito Penal (quais bens devem ser tutelados penalmente) para apresentar um caráter de legitimidade negativa, ou seja, o que não deve ser objeto de tutela do Direito Penal.

Nessas circunstâncias, Claus Roxin despontou ao determinar negativamente o conceito de crime, excluindo os interesses que não deveriam ser objeto de proteção penal, ou seja, não abarcados pela noção de bem jurídico. Conforme Yuri Corrêa da Luz (2013, p.61) “para Roxin, os limites do *ius puniendi* deveriam ser extraídos da função social do Direito Penal, sendo que tudo que vá além dessa função deveria ser considerado ilegítimo.”

Ao contrário de Welzel, Roxin não considera que a função do Direito Penal seja o respeito a valores. Roxin considera a intervenção penal como um instrumento de *ultima ratio* contra comportamentos não tolerados, como forma de proteção subsidiária de bens jurídicos:

Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estas metas não possam ser alcançadas com outras políticas-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos (ROXIN, 2013, p. 16-17).

Assim, Roxin não define o que seja bem jurídico-penal, mas cria um conceito material de crime na medida em que fornece critérios para a exclusão daquilo que inadmite como tal. Claus Roxin (2013) enumera alguns limites impostos ao legislador na tarefa de

previsão de bens jurídicos-penais, ou seja, apresenta um rol de situações que exclui a possibilidade de criminalização pelo legislador.

Cita-se algumas das exclusões apresentadas por Roxin (2013), do que não se admite como bem jurídico-penal: primeiro) criminalizações unicamente motivadas pelo viés ideológico e que, portanto, atentem contra os direitos fundamentais e os direitos humanos, ou seja, não se admite que o Estado, ao invés de proteger os direitos humanos e fundamentais, criminalize condutas que são manifestações ou exercícios dos citados direitos – por exemplo, prever como conduta típica manifestações contra o Estado, punindo a liberdade de expressão; segundo) a criminalização de condutas que não violem a convivência entre pessoas, ou seja, não se criminaliza apenas com base na “finalidade da lei”, da *ratio legis*; terceiro) a criminalização de mera violação de preceitos morais; quarto) a criminalização para mera proteção de sentimentos, pois numa sociedade plural, os valores diversos devem ser respeitados e não objeto de criminalização; quinto) criminalização da autolesão ou autocolocação em risco, posto que não se pode punir se a conduta não viola a coexistência pacífica entre as pessoas; sexto) as leis simbólicas, vez que não serviriam de proteção a bens jurídicos e não protegem indivíduos, apenas visam aparentar solução com foco de resguardo da imagem do Estado, e dar a sensação de diminuição de impunidade, que não ocorre na prática.

Nas palavras de Yuri Corrêa da Luz:

[...] a avaliação acerca da legitimidade de uma criminalização, em Roxin, é sempre pensada sob o filtro da *proteção da convivência pacífica entre indivíduos*. Mesmo a proteção de bens coletivos, como a saúde pública e a confiabilidade dos documentos públicos, é vinculada às necessidades dos indivíduos: aquilo que é coletivo só pode ser bem jurídico se puder se remeter *diretamente* à necessidade de livre desenvolvimento do indivíduo. Em poucos termos, “*todos os bens jurídicos devem ser necessariamente pensados a partir do indivíduo, se quiserem ser reconhecidos enquanto tais*” (LUZ, 2013, p. 67).

O modelo teórico de Claus Roxin é crítico, no sentido de que o conceito de bem jurídico não é deduzido da atividade do legislador, mas, pelo contrário, submete-o a avaliação e análise da ordem constitucional, que serve de fronteira ao legislador para uma punição legítima. “[...] A penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador” (ROXIN, 2013, p. 11).

O funcionalismo de Roxin, ao estabelecer a Constituição como fonte de formulação da compreensão de bem jurídico, traz um conteúdo material ao conceito de delito, mas com

fundamento interno ao próprio Direito, o que afasta elementos previamente dados, externos (metajurídicos ou pré-positivos) ao Direito positivo.

Há que se atentar que, apesar de o conceito constitucional de bem jurídico surgir como forma de limitar a atividade penal estatal, como outro lado da moeda, tem também se revelado como fundamento para ampliar o espectro de atuação criminal. O que antes era uma fronteira à criminalização pode hoje ser entendido como uma direção de criminalização, um estímulo a determinadas expansões de penalização.

“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” (PRADO, 2013, p. 44).

A evolução da teoria do bem jurídico-penal demonstra que a problemática refere-se aos critérios de definição e delimitação dos bens e valores que devam ser objeto de tutela por meio de sanção criminal, ou seja, o difícil equilíbrio entre limitar o âmbito de atuação penal – *ius puniendi* – e a proteção de bens por meio do sancionamento máximo estatal.

O desenvolvimento das teorias do bem jurídico levaram às teorias constitucionais, entendimento que nos filiamos, que inferem o conceito de bem jurídico-penal da Constituição. O conteúdo material de delito encontra-se delineado pela ordem constitucional, baseada nos valores sociais e princípios fundamentais à dignidade e à liberdade do indivíduo e da sociedade.

O legislador penal – ordinário – considerará a Constituição como fonte dos bens jurídicos-penais, e nela encontrará os limites para seleção do que merece a tutela penal, considerando-se os princípios penais-constitucionais, tais como dignidade humana, legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, individualização da pena, ofensividade, dentre outros.

“No intuito de procurar evitar o fenômeno da inflação penal, é conveniente ter-se em conta a capacidade ou aptidão da intervenção penal ter um mínimo de eficácia” (PRADO, 2013, p. 71). Nesse sentido, vale ressaltar que nem todo valor constitucional será bem jurídico-penal, posto que ainda há de passar pelo filtro principiológico — pilares — do Direito Penal, notadamente os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. A intervenção penal, para ser legítima, deve limitar-se ao necessário e imprescindível para a harmonia social.

Segundo Luiz Regis Prado,

Por fim, 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. É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção penal (PRADO, 2013, p. 72).

A respeito do papel da Constituição frente aos bens jurídicos-penais, sob o viés da fragmentariedade, aduz Paulo Silva Fernandes:

[...] a Constituição, enquanto *norma mater*, proporciona um quadro a ter obviamente em conta na definição e seleção daquele catálogo de bens (necessariamente *fragmentário*, uma vez que nem todos os bens jurídicos são protegidos) sobre os quais o direito penal há-de deitar o seu manto protector, elevando-os à categoria de bens jurídicos-penalmente relevantes (FERNANDES, 2001, p. 83).

A seleção de um bem jurídico-penal significa uma valoração positiva acerca de determinado bem ou valor, reconhecimento da sua relevância para o ser humano e a sociedade. “A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico, o que já na realidade social se mostra como um valor. [...] Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los [...]” (PRADO, 2013, p. 98).

Dessa maneira, o primeiro juízo valorativo sobre o bem jurídico é realizado pelo constituinte que, de acordo com a realidade social, perpassa o segundo filtro do legislador penal ordinário, chegando-se ao bem jurídico-penal.

O conceito material de delito, além de valorativo, também é relativo, considerando-se que a dinâmica social influencia a (in)validade de determinado bem jurídico. Dito de outro modo, aquilo que é valorado num determinado momento histórico pode deixar de ser após evolução do cenário histórico-cultural, o que ensejará a descriminalização de condutas que atingem bem jurídico destituído da mesma conotação valorativa de outrora.

Deve-se mencionar ainda que o bem jurídico-penal pode ser de ordem individual ou transindividual. O individual atinge a titularidade do indivíduo singularmente considerado e tem caráter pessoal, enquanto o transindividual possui titularidade difusa, caráter coletivo, e atinge a todos os membros da coletividade de modo indistinto.

A complexificação social da sociedade de risco avulta os bens jurídicos metaindividuais, o que resulta no surgimento de bens jurídicos-penais transindividuais. O bem jurídico metaindividual é uma das fontes de crise entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal moderno, pois devido a suas características próprias, e à demanda preventiva para gerações futuras, tem colocado em questão as fronteiras e os limites do próprio Direito Penal.

Segundo Luís Greco, os bens jurídicos-penais coletivos “facilitam a vida do legislador” (2012, p. 351). Isso porque, “[...] o bem jurídico coletivo justifica incriminações e marcos penais que não seriam *prima facie* justificáveis se tivéssemos apenas o bem jurídico individual” (2012, p. 352-353). O autor explica que:

Toda vez que o legislador postula, ao invés de um possível bem jurídico individual, um bem jurídico coletivo como objeto de proteção de determinada incriminação, consegue ele justificar mais facilmente uma proibição ou consumação antecipada, uma proibição mais extensa, pela irrelevância do consentimento, e um marco sancionatório mais severo (GRECO, 2012, p. 351).

Conforme observa Hassemer:

O complexo de responsabilização assim engendrado, adensado e percebido, bem como o interesse da “sociedade do risco” na minimização da insegurança e no comando global de processos complexos atingiram não apenas a Política criminal como também a teoria do Direito penal e a teoria do bem jurídico (HASSEMER, 2008, p. 226).

O bem jurídico-penal coletivo tem sido aceito pela doutrina por meio da teoria pessoal do bem jurídico, que o considera legítimo desde que tenha como referência o indivíduo. Essa teoria pode ser concebida sob duas acepções, uma radical, sustentada principalmente por Zaffaroni e Ferrajoli; e outra moderada, defendida principalmente por Hassemer (GRECO, 2012).

Segundo a teoria personalista radical, o bem jurídico coletivo somente será penalmente legítimo se tiver como referência *direta* o indivíduo, a partir do contato com interesses ou direitos das pessoas, o que, de certo modo, apregoa um viés de divisibilidade do bem coletivo, o que se mostra incongruente.

Já a posição personalista moderada também entende que o bem jurídico-penal coletivo deve ter uma relação com o indivíduo, mas de forma *indireta*, ou seja, não é passível de parcelamento para imputação aos indivíduos (GRECO, 2012).

Assinala-se que, a princípio, não nos colocamos contrários aos bens jurídicos-penais transindividuais, haja vista considerarmos que o Direito Penal não deve se furtar da proteção e atuação dos bens e valores mais caros à sociedade contemporânea, devendo acompanhar a evolução da dinâmica social, guardando porém, limites bem definidos para esse desempenho.

O Direito Penal necessita se inovar e tornar-se capaz de acompanhar o dinamismo evolutivo social, uma vez que serve à sociedade, e não o contrário. Entretanto, faz-se imprescindível respeitar os limites e características próprias do ramo jurídico mais gravoso à

disposição do Estado, sob pena de desvirtuamento, o que enfraquecerá, senão inutilizará, o próprio Direito Penal e a força coativa estatal máxima.

Bens supraindividuais, via de regra, possuem conteúdo vago e contornos imprecisos, o que reforça a necessidade de cuidados e parâmetros bem definidos para que sejam elevados a bem jurídico-penal. Alinha-se de acordo com a doutrina personalista moderada, que os bens transindividuais, para serem bens jurídicos-penais, carecem de ter conexão, ainda que indireta, com a ordem do indivíduo.

Nesse mesmo sentido, Helena Regina Lobo da Costa (2010, p. 17) compreende que o bem jurídico-penal metaindividual “tem de ser definido a partir da necessidade essencial para o desenvolvimento da pessoa, devendo apresentar um substrato concreto.”

Esse posicionamento não é diferente do entendimento de Luiz Regis Prado sobre os limites de ação do Direito Penal para os bens jurídicos-penais metaindividuais e o seu reflexo individual:

[...] o juízo de valor sobre a relevância de um determinado bem jurídico metaindividual – coletivo ou difuso – exige o reflexo na órbita individual ou social para a sua vulneração. Esse Estado não pode desconhecer a significação que por si mesma implica extensão social de um determinado interesse, mas de outro lado, não pode prescindir reclamar como mínima uma determinada gravidade na repercussão do bem jurídico coletivo ou difuso na esfera individual. Isso para se evitar a perigosa tendência que tem quase todo Estado social de hipertrofiar o Direito Penal através de uma *administrativização* de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva (PRADO, 2013, p. 117).

Os limites para a compreensão do bem jurídico-penal coletivo são essenciais, uma vez que a utilização indiscriminada do Direito Penal para a tutela de bens transindividuais leva a um claro movimento de expansão, com criminalização de novas condutas e antecipação do momento punitivo, como os crimes de perigo abstrato, além da administrativização do Direito Penal, resultado do sancionamento de normas de conveniência da Administração.

Mecanismo de combate ao Direito Penal simbólico é a construção dogmática crítica, que busca critérios para a legítima criminalização, estabelece limites à atuação do legislador penal, como a teoria do bem jurídico. Nesse sentido, concorda-se com os dizeres de Rodrigo Iennaco:

Pensamos que a racionalidade do sistema não retira o simbolismo intrínseco ao Direito Penal – como construção social que é – mas, reduz as chances de sua utilização como “mero símbolo” de poder para expiação coletiva, impedindo o discurso emotivo das “punições exemplares”, bem como prevenindo, com seu *símbolo discreto*, “arbitrariedades de impunidade” (linchamentos, execuções

sumárias por “justiceiros”, espetacularização pública da pessoa do condenado, etc) (IENNACO, 2014, p.75)

Ademais, entende-se que, para haver tutela penal, não basta que o bem jurídico – *individual ou transindividual* – seja um valor de relevância social, posto que isto é o suficiente para que ele seja objeto da tutela do ordenamento jurídico na acepção *lato sensu*. Para ser bem jurídico-penal, há que se constatar que os demais meios e ramos da ordem jurídica não são suficientes para protegê-lo dos possíveis danos ou ameaças concretas de danos mais gravosos.

Alguns bens jurídicos, apesar de apresentarem, em tese, grau de dignidade suficiente para serem tutelados pelo Direito Penal, poderão não obter esta tutela. Isso porque os meios de tutela do bem jurídico, por outros ramos do ordenamento jurídico, diversos do Penal, podem se mostrar suficientes, de acordo com os critérios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e da eficiência, o que afasta a necessidade de resposta penal para a efetiva tutela do bem.

Não se deve perder de vista que, antes de tudo, a teoria do bem jurídico surgiu e evoluiu com fins de limite ao *ius puniendi* Estatal, o caráter limitador da intervenção penal. “A ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior revelo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas administrativamente. A lei penal – advirta-se – atua *não como limite da liberdade pessoal, mas sim como seu garante*” (PRADO, 2012, p. 104).

Ao legislador somente é permitido criminalizar comportamentos que ameacem bens jurídicos, razão pela qual o conceito de bem jurídico-penal deve ser bem definido. Nesta senda, considerando-se a teoria do bem jurídico-penal, necessário se faz o delineamento do meio ambiente enquanto tal.

3.6 Bem jurídico-penal meio ambiente

A aptidão do bem jurídico-penal encontra-se diretamente ligada ao seu valor social-constitucional. Em decorrência do Direito Penal proteger contra as formas mais graves de lesão ou ameaça de lesão os bens jurídicos mais caros à sociedade, entende-se, como regra, que a guarita constitucional desses bens jurídicos manifesta-se como passo suficiente para a proteção penal.

De fato, não se imagina a legitimidade de um bem jurídico-penal que não disponha de reconhecimento constitucional. No entanto, não afirmamos que a recíproca deve ser

verdadeira, ou seja, que a guarita constitucional de um bem jurídico não implica que este seja objeto de tutela do Direito Penal, haja vista o caráter subsidiário e fragmentário deste ramo jurídico. O acionamento do Direito Penal é medida válida quando os demais ramos do ordenamento mostram-se insuficientes para a proteção do bem jurídico.

“O bem jurídico [penal] deve ser concebido como algo *digno* de proteção, *necessitado* de proteção e com *capacidade* de proteção” (PRADO, 2012, p.104). É sob a égide dessa perspectiva que se analisa a questão do bem jurídico-penal meio ambiente. Conforme alerta Helena Regina Lobo da Costa:

O direito penal ambiental se insere nesse quadro de fenômenos recém-abrangidos ou que receberam uma nova leitura pela esfera penal, sendo fundamental verificar se e de que forma o direito penal, mantendo suas características e o respeito a seus princípios fundamentais, pode tutelar, legitimamente, o meio ambiente (COSTA, H. 2010, p. 2).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabeleceu o mandado de criminalização em relação ao meio ambiente no §3º do art. 225:

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.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a **sanções penais** e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (Grifo nosso)

A Constituição Federal de 1988 consignou que o meio ambiente é bem jurídico-penal. Assim, surgem os questionamentos: de que forma o Direito Penal cumprirá esse mandamento constitucional? Há vinculação ao legislador ordinário para que qualquer lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente seja objeto de criminalização? Qual o papel do Direito Penal na tutela ambiental? Há limites a esta atuação, apesar da determinação constitucional?

Segundo Helena Regina Lobo da Costa:

A Constituição é apenas um limite negativo ao direito penal, ou seja, não há qualquer obrigação de se criminalizarem condutas que lesionam ou ameaçam bens jurídicos, ainda que haja determinação constitucional. Isso porque a proteção de um bem jurídico é pressuposto inarredável do tipo penal, mas de forma alguma suficiente. Deve-se analisar, além dela, se os demais princípios do direito penal são preenchidos e, sobretudo, se o direito penal é a forma de tutela mais adequada àquele bem jurídico (COSTA, H. 2010, p. 6-7).

Esclarece-se que, em matéria de Direito Penal Ambiental, a compreensão sobre o bem jurídico-penal meio ambiente é tormentosa e polêmica; todavia, isso não impedirá a exposição de um entendimento a respeito.

Defende-se que a interpretação do §3º do art. 225 da Constituição da República deve ser sistêmica, considerando-se que a real compreensão da extensão desse dispositivo decorre do seu encaixe no sistema instituído pela ordem constitucional, e não por sua leitura isolada. A mesma Constituição que estabelece o mandado de criminalização como forma de tutela do meio ambiente tem como vigas de sustentação do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da proporcionalidade, da necessidade.

O §3º do art. 225 da Constituição da República traz ainda a integração do ordenamento jurídico, ao determinar a atuação administrativa, cível e criminal com vistas a tutelar o meio ambiente. Assim, tendo em mira o princípio da intervenção mínima que rege o Direito Penal, a criminalização de uma conduta é a última medida do sistema jurídico.

Destarte, deve-se compatibilizar a previsão do §3º do art. 225 da Constituição da República com a *ultima ratio* do Direito Penal, “que estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma” (PRADO, 2013, p. 71).

Ademais, “o postulado de fragmentariedade prescreve que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O bem jurídico é defendido penalmente só perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis” (PRADO, 2013, p. 71).

De acordo com o preceito constitucional de criminalização do §3º do art. 225, somente as condutas *lesivas* ao meio ambiente poderão ser objeto de sancionamento. Desse modo, entende-se que condutas e atividades, ainda que antijurídicas, que não causem lesão efetiva ou potencial concreta ao meio ambiente, não poderão ser objeto de gravosa repressão, sob pena de inconstitucionalidade.

Em outras palavras, ações ou atividades que desrespeitem regras administrativas sem consequências lesivas ao meio ambiente (atos de mera desobediência administrativa), normas com viés precautório, que fogem à lesão efetiva ou potencial concreta do meio ambiente não devem ser abarcadas pelo Direito Penal. “[...] O delito ambiental não pode ser um fim em si mesmo, estruturado como mera infração de desobediência, ou servir à garantia de puras funções administrativas (de controle ou de gestão)” (PRADO, 2012, p. 95).

As ações humanas geram impacto ambiental, o que é admitido, desde que haja limites razoáveis. O resgate histórico do desenvolvimento da legislação sobre meio ambiente demonstrou a evolução da discussão acerca dos limites para uso humano do meio ambiente. Desde a década 70 do século XX, quando desenvolvida a noção de sustentabilidade, que ganhou proporções mundiais a partir do *Informe de Bruntland* através da expressão “desenvolvimento sustentável”, os parâmetros de admissibilidade para exploração do meio ambiente advêm das expressões uso consciente e sustentável.

Uso consciente e sustentável do meio ambiente são conceitos jurídicos relativamente indeterminados, que demandam análise concreta para a real constatação. Porém, a legislação tem estabelecido parâmetros de definição, com vistas a permitir o uso racional e o desenvolvimento pelas gerações presentes, de modo a atender as necessidades de hoje, mas sem comprometer o uso e o desenvolvimento das gerações futuras, e resguardar-lhes recursos equivalentes para atender às necessidades futuras. Segundo Luiz Regis Prado:

A ideia de desenvolvimento sustentável se vincula à utilização dos recursos naturais e de desfrute do meio ambiente de modo a satisfazer as necessidades do presente sem comprometer as do futuro. Três são os objetivos essenciais que se busca alcançar por meio do desenvolvimento sustentável: o *econômico*, referente à eficaz utilização dos recursos naturais a um crescimento quantitativo; o *sociocultural*, relacionado ao desenvolvimento, à manutenção da vida social e cultural, e à maior igualdade e equidade social; e o *ecológico*, “consistente na preservação dos sistemas físicos e biológicos (recursos naturais *lato sensu*) que servem de suporte à vida dos seres humanos” (PRADO, 2012, p. 69).

Direito Ambiental não é defesa do meio ambiente contra desenvolvimento econômico. O desenvolvimento social e a ordem econômica também são bens jurídicos de relevo, protegidos pela mesma ordem constitucional que o meio ambiente. Instrumentos jurídicos administrativos, como o licenciamento ambiental, autorizações, permissões, dentre outros, visam justamente equacionar a tensão entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, por meio de mecanismos delimitadores da utilização de recursos ambientais de forma racional e equilibrada.

A defesa do meio ambiente não é, e nem pode ser, intransigente. Pelo contrário, deve se compatibilizar, de forma harmônica, com as necessidades humanas. Tanto é assim que é permitido, dentro dos parâmetros legais, a caça, a pesca, a extração mineral e vegetal, a emissão de poluentes, dentre inúmeras outras atividades de uso do meio ambiente para atender às demandas humanas.

Não se pode perder de vista que o Direito Ambiental, com sua faceta administrativa, cível e penal, tem por objetivo proteger o meio ambiente ao mesmo tempo em que promove o

desenvolvimento econômico, humano e social de forma sustentável. Assim, o Direito Ambiental, em sua vertente multidisciplinar, tem a árdua função de solucionar a tensão entre proteção ambiental, desenvolvimento humano e desenvolvimento econômico, a celebrada sustentabilidade.

A mesma essencialidade existente nos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da ofensividade em relação ao Direito Penal, também existe nos princípios da prevenção e da precaução para o Direito Ambiental. Esses temas serão mais bem trabalhados no capítulo 5.

Para o desenvolvimento dos argumentos desse tópico, tem-se que o princípio da prevenção, como o próprio nome indica, tem viés preventivo ao dano. Trata-se da adoção de medidas que evitem a ocorrência do conhecido dano ambiental. Assim, cientes dos riscos e impactos de determinada atividade, devem ser adotadas medidas que antecipem e previnam o dano.

O diferencial entre o princípio da precaução e o da prevenção é a ausência de certeza científica. O princípio da precaução lida com a incerteza científica de que determinada conduta e/ou atividade venha a causar danos ambientais. São as situações que o atual estágio de conhecimento não possibilita afastar a potencialidade de dano, uma vez que ainda não se consegue prevê-los ou mensura-los.

Entretanto, é de extrema importância a observância dos princípios da prevenção e da precaução, justamente porque o ideal é evitar o dano, e não tentar repará-lo. A melhor maneira de evitar o dano é formar consciência a seu respeito, com educação ambiental, bem como desestimular sua ocorrência.

Os grandes danos ambientais registrados, em geral, são causados por grandes exploradores do meio ambiente, que agem estimulados pela repercussão econômica envolvida. Nessa hipótese, com a finalidade de estimular a via preventiva, medidas financeiras e a repressão econômica são formas de tornar menos oneroso prevenir do que reparar. Ademais, como frisado, a informação e educação ambiental são importantes instrumentos preventivos.

Vale destacar que a função de proteção de bens jurídicos não é uma exclusividade do Direito Penal, de modo que a tutela, *in casu* ambiental, recai também ao Direito Administrativo e ao Direito Civil, ramos do ordenamento jurídico com vocação a cumprir missão preventiva, os quais podem/devem também agir no viés sancionador.

Logo, imprescindível se torna estabelecer critérios para o acionamento de cada seara do ordenamento, de forma que cada uma possa bem desempenhar seu papel, sem

sobreposição de funções, de modo a evitar uma zona cinzenta que *materialmente* configura-se um *bis in idem* (punição pelo mesmo fato, com mesmo fundamento, ao mesmo autor, apesar de apenas formalmente tratar-se de punições previstas em leis de searas distintas).

Os limites que separam os ramos do ordenamento jurídico, especialmente o Penal e o Administrativo, no viés sancionador, não se apresentam como fronteiras nítidas e claras, ao contrário, mostraram-se como linhas tênues, que dificultam uma delimitação taxativa, mas que nem por isso devem ser ignorados ou relativizados. A dogmática deve se dedicar a refinar critérios, notadamente porque “limite” não remete apenas à ideia daquilo que separa, mas também ao que une. A mesma fronteira que indica onde começa e onde termina determinado território, promove o ponto de encontro entre eles.

Nesse contexto, entende-se que a busca de critérios para estabelecer os limites das normas penais para a tutela ambiental, ao lado dos demais ramos do ordenamento, perpassa pelos princípios da ofensividade e da *ultima ratio*, que reserva seu acionamento como medida última e mais gravosa, sem perder de vista os princípios da prevenção e da precaução.

“A referência ao sistema punitivo, que estabelece a distinção entre as sanções, além de ser fator importante de sua eficácia, só pode ser compreendida à luz dos princípios penais ínsitos na própria Constituição – numa visão logico-sistemática e teleológica [...]” (PRADO, 2012, p. 81). O Direito Penal tem nítido (mas não exclusivo) caráter repressor, só se fazendo legítima sua atuação se insuficientes os outros ramos do ordenamento jurídico (seja para prevenir ou reparar).

Ramón Martín Mateo (1991, p. 236) defende a ineficácia de uma tutela ambiental baseada com ênfase no Direito Penal, atribuindo a importância preventiva às searas administrativa e cível, ao afirmar:

Por outro lado, os mais qualificados especialistas nestas questões têm colocado em relevo a inviabilidade de se basear somente no direito penal a cobertura defensiva ambiental da sociedade, máxime quando o efeito preventivo é aqui decisivo. Uma política criminal sobre o meio ambiente, já se disse, há que começar por reconhecer que a maior intensidade há de se colocar sobre as medidas preventivas do tipo administrativo e civil.³

Importante destacar que atipicidade criminal ambiental não é apregoar um indiferente ambiental. Ao defender-se o viés de intervenção mínima do Direito Penal Ambiental entende-se que se deve fortalecer o papel do Direito Civil e do Direito Administrativo, especialmente em sua face sancionadora, para o fiel cumprimento do

³ Original em espanhol, tradução nossa.

mandado de criminalização constitucional, ou seja, somente aciona-se o Direito Penal para as condutas e/ou atividades *lesivas ao meio ambiente*.

Exposto o entendimento de que somente as condutas *lesivas ao meio ambiente* poderão ser objeto de sancionamento, resta esclarecer o seguinte ponto: o que é lesivo ao meio ambiente? Sem dúvida, o caso concreto trará balizas necessárias para esta análise, o que não dispensa um norte jurídico-interpretativo, até porque as normas são pré-existentes ao fato.

A lesão ao meio ambiente, referida pelo §3º do art. 225 da Constituição Federal, deve ser conjugada com a norma estabelecida pelo *caput* do artigo 225, que protege o *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, o que significa dizer que somente a lesão (efetiva ou potencial concreta) que rompa o equilíbrio ecológico é passível de ser objeto constitucional do tipo penal ambiental.

Meio ambiente ecologicamente equilibrado é conceito jurídico relativamente indeterminado que, no caso do bem jurídico-penal ambiental, não pode ser excessivamente amplo, sob pena de desnaturar toda a ideia de limite e fronteira que aqui se busca desenvolver.

Nessa senda, torna-se indispensável esclarecer que o referencial para esta análise deve ter em foco que o equilíbrio ambiental — que se busca proteger por meio do Direito Penal — possui valor relacional com o ser humano, na medida em que, para configurar um *desequilíbrio* penalmente típico, em alguma medida há que se afetar não só interesses da natureza em si, mas resvalar em interesses humanos (notadamente a vida, a saúde ou segurança das pessoas), o que coaduna com a visão do *antropocentrismo protecionista ou moderado*.

Ao se proteger penalmente o meio ambiente, tutela-se um direito de todos, ao mesmo tempo em que de forma indireta, oferece-se proteção aos bens de ordem pessoal do ser humano, como a saúde, a propriedade, a integridade física e a vida. Por conseguinte, entende-se que o meio ambiente será digno de proteção penal, segundo a ótica da *ultima ratio* que nos orienta, quando, reflexamente, proteger bens indispensáveis ao desenvolvimento humano sustentável. Caso uma ação antijurídica ofensiva ao meio ambiente não atinja o equilíbrio ecológico, com reflexos no desenvolvimento humano sustentável, essa ação será sim objeto do ordenamento jurídico, mas por ramos outros que não o Direito Penal.

Nesse sentido, estamos acordes com o posicionamento de Guilherme Gouvêa de Figueiredo:

Coerentemente – e é precisamente aqui que a opção por um *antropocentrismo moderado* se distingue verdadeiramente das teses ecocêntricas –, com o intuito de obviar problemas desta ordem, deve-se ter em conta que o equilíbrio ambiental é

protegido pelo direito penal como valor *instrumental* à plena realização de uma pluralidade de interesses humanos. [...] portanto, a idoneidade ofensiva da conduta para resultar em uma “grave alteração do equilíbrio ecológico” poderá ser medida, em cada situação de fato, a partir da afetação de interesses pessoais, nomeadamente a segurança, a saúde, a economia, o patrimônio, as formações físicas e biológicas submetidas a especiais regimes de tutela etc” (FIGUEIREDO, 2013 p. 210).

Vale registrar que a posição defendida encontra apoio também no entendimento de Helena Regina Lobo da Costa, que parte da concepção antropocêntrica para considerar que “o bem jurídico coletivo [meio ambiente] não pode perder seu referente individual. Quanto mais distante do indivíduo, mais difícil se torna sua legitimação” (2010, p.27). Assinala a citada autora que:

A concepção ecocêntrica é sedutora no sentido de que permite criminalizações amplas, que supostamente protegeriam o meio ambiente de forma mais extensa. Porém ela não se coaduna com os ditames de uma teoria crítica do bem jurídico-penal.

Conforme já assinalado, o bem jurídico-penal é um limite material à possibilidade de criminalização de condutas, limite esse que serve à proteção da pessoa em face do mais gravoso instrumento de privação de direitos fundamentais à disposição do Estado (2010, p. 25-26).

Registra-se que nosso posicionamento não se vincula ao antropocentrismo clássico, visão da natureza enquanto instrumento do ser humano. Entende-se tratar-se de um ponto intermediário entre o antropocentrismo clássico e o ecocentrismo, posição que coaduna com um Estado Socioambiental de Direito.

Ainda sobre a compreensão do bem jurídico-penal meio ambiente, tem-se que outra questão importante a ser considerada diz respeito à concepção de lesão potencial concreta, a ser objeto de proteção penal. Entende-se como lesão potencial concreta as condutas abarcadas pelo princípio da prevenção, ou seja, prevenção de riscos e impactos conhecidos, de determinada atividade, que possibilitem a constatação de nexo de causalidade. Para os riscos e impactos da ordem do princípio da precaução, em que pese sua importância e relevância, devem ser reservadas medidas cíveis e administrativas suficientes a antecipar e prevenir o dano, fortalecendo estas searas na intensidade necessária para cumprirem este desiderato.

Não se trata de arrefecer a tutela do meio ambiente, mas sim solucionar a tensão entre preceitos constitucionais, de modo a harmonizar o sistema jurídico, partindo da Constituição para a legislação infraconstitucional, sem perder de vista a necessária análise de cada caso concreto. O Direito Penal torna-se importante instrumento para a tutela ambiental desde que devidamente reservado às hipóteses necessárias e após esgotados os ramos menos gravosos, sob pena de uma legislação simbólica, que é ineficaz e inoperante.

Entende-se que é o rompimento da harmonia existente entre proteção ambiental e desenvolvimento humano que deve caracterizar o crime ambiental, sendo admissível constitucionalmente a sanção pelo Direito Penal de uma conduta/atividade, quando esta gerar lesão ou ameaça concreta ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Em outras palavras, para se alcançar a legitimidade da tutela do meio ambiente pelo Direito Penal, deve-se designá-lo às hipóteses de lesão ou ameaça concreta à sustentabilidade, ao equilíbrio entre proteção e desenvolvimento, em concretização do princípio da ofensividade.

Admite-se o meio ambiente como bem jurídico-penal, mas, na concepção de elemento essencial para a vida e o desenvolvimento do ser humano, numa referência concreta. Caso contrário, o ordenamento jurídico deve tutelar o meio ambiente, porém por searas outras que não o Direito Penal. Destarte, torna-se primordial a integração das searas cível e administrativa, especialmente o fortalecimento desses ramos quanto ao cumprimento da função precípua de materializar os princípios da prevenção e da precaução, o que será retomado de forma mais específica no capítulo 5.

Procurou-se neste ponto do trabalho, desenvolver algumas ideias do que se entende por bem jurídico-penal meio ambiente como forma de estabelecer balizas para a definição do papel do Direito Penal, bem como seus limites na defesa do meio ambiente. Isso porque concorda-se com o alerta de Hassemer de que “quanto mais vago é o conceito de bem jurídico e quanto mais objetos ele compreende, menores serão as chances de uma resposta a nossa pergunta sobre o Direito penal cumprir suas missões preventivas” (HASSEMER, 2008, p. 224).

Passa-se, no próximo capítulo, à demonstração do Direito de Intervenção proposto por Winfried Hassemer, com análise do Direito Administrativo Sancionador, com vistas a voltar, no capítulo 5, ao debate sobre os limites do Direito Penal para a tutela do meio ambiente, a fim de conceber a nossa compreensão sobre o papel do Direito Penal nessa atuação.

4 A PROPOSTA DE HASSEMER: DIREITO DE INTERVENÇÃO

Winfried Hassemer desenvolveu uma proposta com o intuito de conter a expansão do Direito Penal decorrente dos novos campos de interação social que estão a demandar este ramo do Direito, o que é fruto do confronto entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal moderno.

Essa proposta de Hassemer, que recebeu o nome de Direito de Intervenção, será abordada no presente capítulo, que externará em seguida, as críticas a respeito. Ao final deste capítulo, será feita análise do Direito Administrativo Sancionador, com vistas a estabelecer a defesa, no capítulo 5, da possibilidade de aplicação das ideias de Hassemer, sem que necessário seja a criação de um novo ramo do Direito.

Faz-se importante esclarecer que o Direito de Intervenção proposto por Hassemer não foi tratado em uma obra específica, sendo o resultado de ideias defendidas em trabalhos esparsos, desenvolvidos ao longo do tempo e apresentados apenas em suas bases e em linhas gerais, sem contornos definidos e sem se revelar como resultado de uma prática já implementada.

Nesse sentido, a sistematização das ideias de Hassemer apresentou-se como um desafio a esta pesquisa, que visa analisar o Direito de Intervenção para discutir as propostas como incremento ao debate sobre a possibilidade de sua aplicação prática no Direito brasileiro, com foco na tutela do meio ambiente.

O que se denominou Direito de Intervenção, são propostas e perspectivas para se trabalhar a ideia de modernização do Direito Penal sem ferir, entretanto, balizas clássicas e, em especial, sem vulnerar a *ultima ratio* do Direito Penal e sem reduzi-lo à função simbólica. Surge como uma via alternativa às pressões sofridas pelo Direito Penal clássico para solucionar problemas atuais e futuros.

Em sua proposta, Hassemer demonstra preocupação com a função do Direito Penal e com a função social do ordenamento jurídico para a prevenção e repressão da criminalidade dita secundária, resultado desta sociedade contemporânea caracterizada como “de risco”.

Nas palavras de Hassemer (2008, p. 244), “o Direito penal moderno desenvolveu-se até um ponto que o tornou contraprodutivo e anacrônico”. Destarte, o autor alemão parte do contexto da expansão do Direito Penal, movimento que vem alargando o espectro de atuação criminal ao abarcar novos delitos, relacionados ao meio ambiente, entorpecentes, terrorismo, corrupção, economia, dados eletrônicos e delitos de internet, com a forma típica de crimes de

perigo abstrato, voltado a bens jurídicos coletivos e com flexibilização das possibilidades de aplicação da lei penal. Segundo aduz:

A crítica à práxis penal a partir de suas consequências, a ênfase em fins da pena passíveis de verificação posterior e a vinculação do legislador penal ao dever de se concentrar em bens jurídicos palpáveis tiveram por efeito uma certa humanização e um controle aprimorado da tutela penal. Esse desenvolvimento, no entanto, parece ter esgotado suas potencialidades, já que a modernização ameaça inverter seu curso. Por isso, entendo que é chegado o tempo de compatibilizar as tendências modernas do Direito penal com suas tradições (HASSEMER, 2008, p. 245).

Hassemer propõe, ao desenvolver o Direito de Intervenção, a criação de um novo ramo do Direito, com a pretensão de retirar do Direito Penal as condutas e punições que não pertençam ao seu denominado *núcleo duro*, ou seja, busca reservar ao Direito Penal os tipos tradicionais, com exclusão do que não se coaduna com o paradigma clássico do Direito Penal, com o objetivo de preservá-lo de uma função meramente simbólica.

“O Direito penal ‘clássico’ tem um núcleo ideal. Integram esse núcleo as tradições do estado de Direito, consubstanciadas na determinação e subsidiariedade do Direito penal, assim como o crime de dano como a forma usual de conduta delituosa” (HASSEMER, 2008, p. 246).

O *núcleo duro* é caracterizado pelos delitos tradicionais que vulneram ou violam bens jurídicos individuais que historicamente justificaram o controle pela sanção penal, tais como vida, integridade física, liberdade, patrimônio, honra, condutas em “relação às quais não há necessidade de se informar ao cidadão que estão inseridas no Código Penal, pois já encontrariam um senso comum de ilícito e injusto, somente ratificado pelo processo e pela pena” (OLIVEIRA, 2013, p. 73).

Para se compreender as premissas do Direito de Intervenção, é essencial ter em mente que, para Hassemer, o Direito Penal deve ser pautado pela intervenção mínima, prevenção geral e proteção de bens individuais. A finalidade do Direito Penal, no entendimento de Hassemer é a proteção de bens jurídicos, a prevenção geral e o reforço normativo de valores através da punição, e a proteção de expectativas sociais (OLIVEIRA, 2013).

Dessa maneira, o ponto de partida para se fazer a análise do Direito de Intervenção estará fundado na compreensão de que, para Hassemer, a legitimidade do Direito Penal advém do reflexo de valores éticos da sociedade. Dito de outro modo, segundo o autor alemão, o Direito Penal somente deve intervir quando houver uma identificação social da necessidade de se punir determinado comportamento, considerando seu desvalor social. Entretanto, não se

pode ignorar que outros sistemas sociais realizam controle de determinados comportamentos, como a família, a escola, a religião, de modo que o campo do Direito Penal se restringe aos bens jurídicos mais caros à sociedade e se diferencia dos demais meios de controle social em decorrência de suas gravosas consequências e o caráter altamente formalizado de agir.

Na concepção de Hassemer, o bem jurídico-penal será legítimo se individual, no sentido de restringir o sancionamento aos bens jurídicos referentes a liberdades individuais, no paradigma do pacto social clássico. Na interpretação do autor, o bem jurídico-penal individual continua sendo o limite à intervenção penal. Segundo Hassemer (2008, p. 248) “somente a violação a liberdades asseguradas pelo contrato social pode constituir crime.” Essa perspectiva não significa, no entanto, que o autor ignora ou refuta a proteção de bens jurídicos coletivos pelo Direito Penal.

A legitimidade de um bem jurídico-penal coletivo, na aceção de Hassemer, perpassa pela sua funcionalização a partir do indivíduo, aqueles bens universais que “ao fim e ao cabo representam os interesses dos seres humanos, porque nós não podemos viver uns com os outros em sociedade sem sua proteção” (HASSEMER, 2013 p. 45). Desse modo, terá proteção do Direito Penal o bem coletivo que tangencie direitos e liberdades individuais e que sejam passíveis de proteção dentro do paradigma clássico do Direito Penal, o que significa dizer, que sejam aplicáveis os princípios tradicionais que orientam o ramo jurídico da *ultima ratio*.

Os bens jurídicos coletivos, supraindividuais, que não sejam funcionalizados a partir de uma perspectiva de liberdade individual, seriam acolhidos e tutelados pelo Direito de Intervenção, uma forma de preservar o Direito Penal na sua moldura clássica, sem deturpá-lo para a proteção de bens secundários, ao mesmo tempo em que se criaria um instrumento de controle social adequado para a tutela desses bens específicos, que demandam regras, normas e procedimentos também específicos.

Hassemer reconhece a impossibilidade de o Direito Penal se manter intacto nos moldes clássicos no contexto da sociedade atual, já que as transformações sociais implicam e sempre implicarão em alterações normativas, considerando-se que a função do Direito é servir à organização social, e não o contrário:

Portanto, devem ser elaboradas alternativas ao Direito Penal [...] que sejam mais apropriadas que o Direito Penal para responder de forma preventivamente efetiva aos problemas que se esperam. Na verdade, a elaboração de alternativas pressupõe de antemão duas coisas:

A ciência do Direito Penal [...] precisa certificar-se de forma precisa e segura das possibilidades de solução dos problemas pelo sistema jurídico-penal e demarcar os

limites destas possibilidades. A defesa de exigências injustificadas ao Direito Penal por parte da Política Criminal começa com uma análise precisa da capacidade dos sistema jurídico-penal.

A ciência do Direito Penal [...] precisa determinar de forma bem fundada, se e quais *funções simbólicas* o sistema jurídico-penal pode apresentar e responder (HASSEMER, 2013, p.43).

Ao reconhecer a necessidade de modernização e de proteção de bens jurídicos coletivos, Hassemer busca no Direito de Intervenção um meio para frear a expansão do Direito Penal que tem causado, como efeito principal, a flexibilização de direitos, garantias e procedimentos. “O desenvolvimento de um Direito de Intervenção pressupõe para os penalistas justamente que eles estejam conscientes dos limites do seu ramo e realmente iniciem a *cooperação* com o seu meio” (HASSEMER, 2013, p. 44).

O Direito de Intervenção “situado entre o Direito penal e o Direito das contravenções, entre o Direito civil e o Direito Administrativo” (HASSEMER, 2008, p. 262), um ramo que não prevê pena privativa de liberdade e, portanto admite regras e garantias mais flexíveis para aplicação de sanções restritivas de direitos. A conotação preventiva adequa-se a esse novo ramo sancionador que, dada a flexibilização, possibilita uma investigação e imposição de sanção de modo mais eficiente. Possibilita ainda a previsão e sancionamento de normas de perigo abstrato, assim como a responsabilização de pessoas jurídicas, pois dispensaria a imputação pessoal.

As garantias e normas processuais mais rígidas do Direito Penal, por vezes, impedem o sancionamento, sem significar com isso que o fato imputado não tenha porventura ocorrido. Vale dizer:

Principalmente no Direito penal ambiental e econômico, é amplamente perceptível que os tradicionais pressupostos da culpabilidade do Direito penal criam embaraços a uma Política criminal eficiente. Costuma-se aqui argumentar que a culpabilidade individual, como elaborada pelo Direito penal tradicional, cria obstáculos ao emprego do Direito penal (como se seu propósito não fosse sempre este!). Daí decore a demanda de que, em certos campos do Direito, as sutilezas da culpabilidade individual sejam flexibilizadas (HASSEMER, 2008, p. 257).

De forma sintética, tem-se como características do Direito de Intervenção: a capacidade preventiva e a busca pela solução dos problemas modernos antes dos danos, isso por meio de meios de fiscalização e controle, e não somente por meio de intervenção estatal penal. Todavia, para tanto, é essencial que haja cooperação e integração ao máximo possível dos demais ramos do ordenamento jurídico, tais como o Direito Tributário, Civil e Administrativo, juntamente com outras áreas do serviço público ou atividades correlatas,

como da saúde, da educação, do trabalho, da fiscalização, da economia, da informação, da ecologia e meio ambiente, dentre outras (HASSEMER, 2013).

Com o Direito de Intervenção, procura-se solucionar essas questões da sociedade pós-moderna, com a tutela de bens jurídicos coletivos através do sancionamento fora do Direito Penal, que se mantém como *ultima ratio*, baseado na lesividade e na subsidiariedade.

Para instrumentalizar o Direito de Intervenção, segundo Hassemer (2013, p. 44), seria ainda necessário “um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção.” Contudo, a pesquisa, embora densa, não identificou o desenvolvimento, por Hassemer, de princípios ou regras específicas a respeito do ordenamento processual do Direito de Intervenção.

O Direito de Intervenção teria o mérito de libertar o Direito Penal das expectativas de prevenção (quicá precaução) que são inalcançáveis e, de fato, geram crise a esse ramo por não corresponder aos anseios (equivocados, em nossa opinião) nele depositados. Vale ressaltar que Direito Penal não é política pública. Política pública eficaz é um conjunto de ações e de atividades, que dentre seus instrumentos pode estar o Direito Penal. O que se critica é limitar-se ao Direito Penal para resposta social a problemas que demandam políticas públicas para seu enfrentamento. Nesses casos, não haverá alcance de resultado social e ainda desvirtuará o Direito Penal, reduzindo-o à função simbólica.

A proposta do Direito de Intervenção traz à tona o debate acerca da utilização desmedida do Direito Penal como mecanismo de prevenção. Defende Hassemer (2008, p. 250) que a prevenção é sim um efeito legítimo do Direito Penal, mas como um “critério acessório de realização da justiça penal”. Em outra passagem, reitera Hassemer a preocupação da sociedade atual com a questão da prevenção:

A minha tese é a seguinte: a prevenção é o paradigma reinante de nossa época e também de nossa Política criminal. A prevenção, no entanto, não pode ser objetivo do Direito penal, ela pode surgir apenas como resposta justa ao crime. Se ela se transforma em objetivo a ser alcançado, institutos sem os quais o Direito penal não pode sobreviver são postos em perigo – e é exatamente o que fazemos no momento. Prevenção é o que a atual política criminal exige do Direito penal, e o Direito penal moderno quer ser preventivo (HASSEMER, 2008, p. 297-298).

Uma coisa para Hassemer é certa: “o Direito penal não está equipado para alcançar esse tipo de prevenção, e isso, por sua vez, não é por acaso ou por descuido, pelo contrário: organizar o Direito penal para esse tipo de prevenção significa destruí-lo” (HASSEMER, 2008, p. 299).

O autor critica “as atuais reivindicações de se utilizar o Direito penal como instrumento de pedagogia popular, isto é, para ‘sensibilizar’ as pessoas” (HASSEMER, 2008, p. 250). Uma marca fundamental do Direito de Intervenção é a não previsão de pena privativa de liberdade — reservada esta ao Direito Penal —, razão pela qual seria aceitável para o autor da proposta a flexibilização de garantias e direitos, a facilitação da imputação, sem previsão de tipos rígidos, com abertura para a acessoriedade administrativa, com pressupostos mais largos de culpabilidade e de possibilidade de produção de prova.

O Direito de Intervenção, da maneira como idealizado, possibilita efetiva atuação preventiva no campo do controle de riscos, o que é um anseio social, com a eliminação do problema da deturpação do papel do Direito Penal. Por conseguinte, o ordenamento jurídico disporia de um ramo mais dinâmico e voltado para o combate de riscos que perturbam a paz social, ao mesmo tempo em que manteria o ramo de *ultima ratio* com a função idealizada e construída desde o Movimento Iluminista, reservado aos casos mais graves de lesão.

A função de agir antes do dano, seja precavendo-o ou prevenindo-o, ao ser destinada ao Direito de Intervenção, necessariamente demanda que ele seja um ramo mais flexível e maleável e que, por natureza, seja comunicativo e bem transite com outros ramos, como o Direito Administrativo, Civil, Tributário, Econômico. O Direito de Intervenção, dessa forma, constitui “um meio-termo e uma confluência de vários ramos do Direito: não é um Direito penal brando e não é simplesmente injustiça administrativa” (HASSEMER, 2008, p. 314).

O Direito Penal se restringiria a seu real papel, o ramo último e mais gravoso do ordenamento jurídico, o único com possibilidade de aplicar sanção privativa de liberdade, se desobrigando de obrigações que não podem cumprir. Ficaria ele reservado ao que chama de *núcleo duro* do Direito Penal, ou seja, às condutas mais gravosas, não toleradas pela sociedade, que por seu desvalor, merecem o sancionamento máximo pelo Direito.

O Direito de Intervenção, portanto, seria um instrumento preventivo dentro do sistema jurídico, uma prevenção “que passaria de normativa a técnica ou organizacional; [...] em lugar do Direito punitivo, o qual pudesse não apenas responder mais apropriadamente aos nossos problemas, mas também deixar em paz os direitos fundamentais dos cidadãos” (HASSEMER, 2008, p. 308).

O Direito interventivo seria uma “forma de expressar seu interesse preventivo e sua pertinência com situações de grandes riscos e ameaças. Ele substituiria o Direito penal nas áreas em que este só poderia ser empregado ao preço de renunciar suas condições vitais” (HASSEMER, 2008, p. 314).

Como aludido, as fronteiras e delimitações do Direito interventivo não foram fixadas por Hassemer. Entretanto, consideramos que o maior mérito da proposta não é apresentar soluções e um único meio que resolva toda a complexidade que envolve a temática. O mérito do Direito de Intervenção é, sim, o debate franco sobre o papel e, em especial, os limites do Direito Penal para a proteção de bens jurídicos coletivos, bens secundários. Como afirmou o autor:

Algo, porém – assim penso eu -, já pode ser afirmado agora: existem – justamente no campo da moderna Política criminal, que tão severamente interfere nos direitos fundamentais através da prevenção normativa – instrumentos que, faticamente, prometem melhor adequação, e normativamente, uma melhor proteção. Nós precisamos começar a desenvolver e utilizar esses instrumentos (HASSEMER, 2008, p. 314).

Há ainda o mérito de apresentar análise crítica à expansão do Direito Penal, que alcançou um ponto tal que tem desnaturado o ramo último que a ordem jurídica possui, além de evidenciar que estamos numa rota capaz de transformar o Direito Penal em *soft law* (HASSEMER, 2008), um direito simbólico, que buscaria tão somente reforçar o valor da Administração, educando e moldando condutas através da ameaça de sanção (que com o tempo se revela ineficaz). Vale destacar as seguintes palavras:

Não mais se indaga se o emprego da maquinaria penal é “adequado”, menos ainda se é “justo”, se apenas ela puder atingir o objetivo de convencer a população de que o ambiente deve ser cuidado ou que violência contra a mulher merece repulsa. Também a crescente tendência de não mais utilizar o Direito penal apenas como *ultima ratio*, mas já como *sola* ou *prima ratio* para resolver problemas sociais, constitui outro exemplo eloquente de uma prolífica orientação para as consequências (HASSEMER, 2008, p. 250-251).

Registra-se o alerta de Hassemer (2008, p. 314) em que o Direito de Intervenção “não se trata de um incremento quantitativo numa atuação convencional, mas de uma resposta nova e qualitativamente diferente a uma nova problemática.”

A principal motivação de Hassemer com o Direito de Intervenção não é a de criar um novo ramo jurídico, mas desobstruir o Direito Penal e exonerá-lo de um papel preventivo que não pode cumprir, reduzindo-o ao mínimo necessário, com preservação dos direitos e garantias constitucionais e dos princípios basilares que constituem a essência do Direito Penal. Paralelamente, disponibiliza ao ordenamento jurídico um instrumento possível para a ação preventiva e efetiva ao ser sistemática, ou, nas palavras de Hassemer (2008), técnica/organizacional e não meramente normativa.

4.1 Críticas ao Direito de Intervenção

A proposta do Direito de Intervenção foi objeto de críticas por parte da doutrina, que serão tratadas em seus pontos principais, com o escopo de enriquecer o debate sobre o marco teórico e reforçar a hipótese. Sem a pretensão de esgotar a revisão bibliográfica a respeito, apresenta-se o conteúdo crítico e argumentos centrais de autores de referência, o que não significa que sejam os únicos críticos, nem os únicos argumentos a respeito.

Jesús-Maria Silva Sánchez é um dos críticos do Direito de Intervenção, sugerido por Hassemer. Suas críticas despontam a partir do desenvolvimento de sua própria proposta com o objetivo de conter a expansão do Direito Penal, notadamente em decorrência dos crimes secundários, ligados ao contexto da vigente sociedade. Assim como Hassemer, ele busca alternativa ao movimento de expansão do Direito Penal das últimas décadas, e partilha da compreensão de que o paradigma clássico do Direito Penal não atende às demandas da sociedade do risco, uma sociedade pós-industrial com anseios preventivos em relação à ordem jurídica. Apesar de ambos os autores partirem da análise do mesmo contexto e concordarem com a necessidade de mudanças para enfrentar essas questões, divergem quanto ao modo de fazê-lo.

A proposta de Silva Sánchez é denominada “Direito Penal de duas velocidades”, sendo que reserva à primeira velocidade as garantias constitucionais referentes ao núcleo duro do Direito Penal, para a qual persiste a previsão de sancionamento com privação de liberdade. A segunda velocidade se refere aos tipos penais contemporâneos, que diferentemente da proposta de Hassemer, seriam mantidos dentro do próprio Direito Penal.

A segunda velocidade, segundo Silva Sánchez, teria maior flexibilidade investigatória e de aplicação das normas, de modo a arrefecer o rigor das garantias constitucionais para possibilitar o sancionamento da criminalidade secundária. Entretanto, em contrapartida, exclui-se a possibilidade de cominação de penas privativas de liberdade para esses delitos.

Uma crítica incisiva formulada em relação ao Direito de Intervenção diz respeito ao caráter classista da proposta, que reservaria o Direito Penal justamente à classe social mais desfavorecida, uma massa carcerária marcada pela exclusão social.

Segundo essa ótica, o Direito Penal seria voltado àqueles que frequentemente são alvo da ação penal, os autores de furtos, roubos, homicídios, dependentes químicos, que, via de regra, são os socialmente taxados de “marginais”, “delinquentes”. A crítica se baseia no fato de a proposta reduzir o Direito Penal ao *núcleo duro*, logo, voltado aos crimes que

punem, na grande maioria das vezes, uma mesma classe social. Já o Direito de Intervenção seria a forma de sancionamento – fora do universo penal – para as classes mais abastadas e favorecidas socialmente, normalmente, ligadas à infração econômica, ambiental, ou seja, os tipos penais contemporâneos.

Tal crítica se deve a Silva Sánchez (2013), ao contestar a proposta de Hassemer de retirar do Direito Penal as questões relacionadas aos bens secundários, e reservar ao ramo da *ultima ratio* apenas os crimes tradicionais. Conforme Silva Sánchez, o Direito de Intervenção é uma forma de alijar o Direito Penal da sua necessária modernização, mantendo-o em um paradigma clássico. O autor prossegue sua crítica e sustenta que Hassemer, ao opor-se à modernização do Direito Penal, provoca um segundo efeito, qual seja, “propugnar um ‘Direito Penal de classes’, no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 187).

Ocorre que a proposição de Silva Sánchez não escapou de receber a mesma crítica que formulou em relação à proposta de Hassemer quanto ao caráter classista da mesma. José Luis Díez Ripollés (2007) estende também ao Direito Penal de Velocidades — proposta de Silva Sánchez — aquilo que denominou de “semblante classista”. E opina que, entretantes Silva Sánchez mantenha a criminalidade secundária dentro do Direito Penal, exclui o sancionamento de privação de liberdade para a segunda velocidade.

Destarte, apesar de manter-se dentro da seara penal, Silva Sánchez, assim como Hassemer, apregoa a limitação da privação de liberdade ao núcleo duro do Direito Penal. Aduz Díez Ripollés quanto à proposta de velocidades do Direito Penal:

De um modo ideologicamente insustentável dentro das sociedades democráticas actuais, estabelece diferenças muito significativas entre as intervenções sociais a realizar sobre as condutas lesivas dos sectores socialmente poderosos, e aquelas que devem exercer-se sobre comportamentos nocivos das classes baixas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2007, p. 589).

Essa crítica do Direito Penal de classes pressupõe que infrações relacionadas à criminalidade moderna, tais como as econômicas e as ambientais, na maioria das vezes são praticadas por classes dominantes ou socialmente favorecidas, e submete o infrator às sanções administrativas, enquanto os crimes tradicionais, que geralmente são praticados pelas classes excluídas socialmente e menos favorecidas, submete os infratores à pena privativa de liberdade.

Para esses críticos, o Direito de Intervenção fortaleceria a marginalização de uma classe já excluída socialmente e estigmatizada, enquanto favoreceria o sancionamento das classes mais abastadas.

A análise do viés classista foi objeto de reflexão ao longo da pesquisa, ante a preocupação de contrapor a ideia de desigualdade de tratamento entre classes sociais, notadamente por tratar de modo mais rigoroso justamente aqueles que já sofrem com a exclusão social.

A reflexão levou à conclusão de que a (triste) constatação de a massa de encarcerados corresponder, na sua esmagadora maioria, aos mais vulneráveis socialmente e empobrecidos, é uma realidade já existente. Todavia, não se imputa a seletividade do Direito Penal ao Direito de Intervenção (ou mesmo Direito Penal de duas velocidades), haja vista ser uma tese não implementada na prática, logo, que não inaugurou esta realidade já manifesta na estrutura capitalista.

Em um segundo momento, a preocupação se volta à possibilidade de o Direito de Intervenção reforçar esse panorama de seletividade. Acredita-se que a seletividade é um grave problema, mas de ordem social que irradia no ordenamento jurídico. O fato de camadas sociais marginalizadas e mais vulneráveis serem alvo do Direito Penal não é um problema do Direito Penal, mas sim de sua indevida aplicação na moldura social contemporânea. Ou seja, a ineficiência de gestão institucional (como o Estado aplica o Direito) não pode ser confundida com uma legislação classista. Um debate sério a respeito do problema social subjacente precisa ser enfrentado, mas isso não deslegitima as propostas de modernização do Direito Penal, aliás, as reforçam.

Reforçam-nas porque, se o sancionamento de privação de liberdade tem se mostrado cada vez mais falho, isso robustece a necessidade de se pensar (e agir) de forma ainda mais contundente no sentido de reduzir o Direito Penal, tornando-o *de fato* mínimo, com estímulo às propostas que visam justamente conter a expansão do Direito Penal. Essas propostas buscam, ainda, possibilidades de modernização do ordenamento jurídico para que ele atenda às necessidades da sociedade vigente.

Com o foco nos crimes ambientais, estes, em tese, podem ser causados por qualquer pessoa, e para todos haverá a mesma previsão abstrata de sancionamento. O fato de pessoas de maior poderio econômico – físicas ou jurídicas – potencialmente apresentarem maior inclinação a essas infrações não torna o ramo do ordenamento jurídico voltado para elas. Se identificada maior inclinação de determinados grupos a determinadas práticas, isso indicia a

necessidade de políticas públicas específicas, com potencialização (ou mesmo criação) de conscientização e educação a respeito, aliado à efetiva fiscalização.

O Direito Penal não é solução, mas parte da solução. Sanção penal não é o único modo de controle social. Não contribuirá com a efetividade esperada pela sociedade, a mera previsão de incidência penal gravosa, com uma pseudo igualdade – porque se a aplicação do Direito Penal (gestão institucional do Estado) continuar a ser seletiva, ele continuará alcançando a mesma massa de desfavorecidos de sempre.

De acordo com essa percepção, a seletividade do Direito Penal advém de um (grave) problema social, cultural e de gestão Estatal, e não dogmático penal, razão pela qual a crítica quanto ao caráter classista da proposta, em que pese o mérito de sua preocupação, não deve ser canalizada aos ramos do ordenamento jurídico, mas a políticas públicas sociais de integração e a medidas educacionais-culturais, que efetivamente possam alterar o cenário subjacente à aplicação das normas.

Retomando a crítica de Silva Sánchez, acerca do caráter classista do Direito de Intervenção, parece que, ao fazê-la, o autor se fundamentou em outra crítica, ou seja, a de que Hassemer se opõe à modernização do Direito Penal quando propõe solucionar as questões da modernidade por meio da criação de um novo ramo do Direito. Critica-se a proposta em consequência de interpretá-la como uma forma de blindar o Direito Penal de alterações estruturais necessárias para o atendimento da demanda secundária. Esta é uma segunda crítica ao Direito de Intervenção: a resistência à modernização do Direito Penal.

A crítica de resistência à mudança também foi alvo das considerações de Jorge de Figueiredo Dias, para quem a proposta de solução através da criação de outro ramo, para manter intacto o Direito Penal clássico, é uma dificuldade de superar os dogmas do Iluminismo, ao mesmo tempo em que desassiste as gerações futuras. Nas palavras do autor dessa crítica:

O que, em tese geral, prejudica esta via de (pretensa) solução do problema são duas considerações: é uma a de que uma tal via não parece reconhecer a indispensabilidade, neste nosso tempo pós-moderno, de superação dos dogmas da razão técnico-instrumental calculadora; é outra – a que, à falta de melhor, chamaremos de índole “moral” – a de que não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa (DIAS, 2001, p. 165).

Feijóo Sanchez (2011) apresenta observações críticas ao modelo de Direito Penal da “Escola da Frankfurt”⁴ – e, apesar de não mencionar expressamente o Direito de Intervenção, faz referência a Hassemer quando diverge da defesa de manutenção do modelo clássico de Direito Penal e afirma que os anseios da sociedade contemporânea devem ser buscados em alternativas outras. Segundo Feijóo Sanchez:

O direito penal não pode evitar as novas características das sociedades contemporâneas se quer cumprir suas funções sociais. O descobrimento de certas características dos sistemas sociais, como sociedade do risco, obriga a uma nova política criminal que complemente a criminalização clássica (FEIJÓO SANCHEZ, 2011, p. 34).

Em análise à crítica de resistência à modernização, conclui-se que, à primeira vista, a proposta do Direito de Intervenção soa, de fato, como se Hassemer evitasse que o contexto e os anseios da sociedade de risco alcançassem o Direito Penal e o protegesse em uma redoma que o mantém no paradigma clássico.

Entretanto, considera-se que tal crítica deve tomar o cuidado para não limitar o espectro de análise a uma parte do discurso de Hassemer, ou seja, ater-se apenas em relação ao Direito Penal sem cotejar todo o contexto aduzido pelo autor. Ao contrário do apontado, acredita-se que Hassemer é motivado justamente pela busca de modernização, e procura desenvolver uma forma de a ordem jurídica se adaptar ao novo contexto social. Para tanto, tem como alvo o ordenamento jurídico como um todo, e não somente o Direito Penal.

Hassemer admite a dificuldade do Direito Penal manter-se intacto no paradigma clássico (2008). Entretanto, ao defender a modernização, não se afasta de sua convicção do Direito Penal como *ultima ratio* da ordem jurídica. Dessa forma, defende que a modernização que atenderá melhor ao anseio social contemporâneo, será realizada por meio de um ramo jurídico distinto daqueles existentes na atualidade, um ramo mais dinâmico, que ao mesmo tempo, não descarte as conquistas normativas e principiológicas construídas desde o Iluminismo.

⁴ A expressão “Escola de Frankfurt” foi utilizada por Schünemann e que ganhou notoriedade como referência aos professores e pesquisadores do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt que partilham da perspectiva crítica em relação ao Direito Penal em expansão, tais como Naucke, Albrecht, Prittwtiz, além do próprio Hassemer. Nesta dissertação evitamos referir a Hassemer e sua proposta teórica vinculado à expressão “Escola de Frankfurt” considerando que os professores e pesquisadores do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt refutam esta denominação, haja vista as divergências teóricas entre eles, diferenças que afastam a ideia de uma “escola de pensamento”.

Em sequência às críticas desenvolvidas, cita-se outra formulada por Feijóo Sanchez (2011) ao abordar o posicionamento dos autores da Escola da Frankfurt. Assevera que as bases que fundamentam o pensamento dos autores do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt tratam-se, em verdade, de postulados ideais, que não foram implementados na prática. Afirma que “na realidade, autores como Hassemer ou Naucke não estão defendendo um modelo que tenha existido historicamente, mas o desvio que a nova política criminal protagoniza perante o que entendem ser os postulados do direito penal liberal e ilustrado” (FEIJÓO SANCHEZ, 2011, p.36).

De fato, não há como se refutar essa observação e considerar que a dogmática clássica se viu implementada de modo indene na prática. Ocorre que tal constatação não deslegitima a crítica e o desenvolvimento teórico. Ao contrário, considera-se que idealismo é acreditar que a dogmática será aplicada na prática de forma incólume. Acredita-se ser o papel da dogmática justamente o de apresentar parâmetros, balizas, princípios que deverão orientar a construção do ordenamento jurídico, na acepção de sua aplicação social. Necessário haver uma permanente comunicação entre aplicação e construção teórica, sistema alimentado pelo dinamismo natural da sociedade, logo, caracterizado pela constante busca por aperfeiçoamento e desenvolvimento.

Por fim, apresenta-se a crítica que analisa o Direito de Intervenção como uma mera “burla de etiquetas”, crítica que também é estendida ao Direito Penal a duas velocidades, de Silva Sánchez.

Jorge de Figueiredo Dias (2001) está entre os autores que sustentam essa consideração e para quem as propostas de Hassemer e Silva Sánchez limitam-se a mudar os problemas de lugar, sem de fato solucioná-los. Em outras palavras, segundo essa crítica, ao reduzir o Direito Penal ao núcleo central, não deixam de existir os problemas postos pelos riscos da (pós-) modernidade e mais, estes continuarão sendo objeto de sancionamento pelo ordenamento jurídico, entretanto, por meio de uma flexibilização de direitos e garantias.

Segundo essa crítica, os problemas que se desejam evitar que o Direito Penal enfrente, (afinal continuarão tendo que ser enfrentados), resulta apenas na criação de um novo ramo do ordenamento para isso, o que equivaleria ao final, apenas trocar os rótulos sem significar uma real solução à demanda.

Para Figueiredo Dias “[...] a proposta agora em análise parece equívoca e, em definitivo, inadequada: porque além de ficar, ao menos *in partibus*, de novo a um passo da insuportável “burla de etiquetas”, acaba por trazer para o direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis [...]” (2001, p. 172).

Todavia, em que pese a autoridade das críticas, Hassemer pretende limitar o Direito Penal à sua atuação última e de mínima intervenção, reservá-lo ao núcleo central que esse ramo se propôs a proteger e, de fato, o Direito de Intervenção assume o mérito de reforçar o papel e os limites do Direito Penal.

Seja no Direito Penal, seja no Direito de Intervenção, ou em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico os problemas e desafios da sociedade pós-moderna estão latentes e demandam atuação. Hassemer realiza um franco diagnóstico do contexto do Direito Penal atual e não se furta a elaborar propostas para esse cenário. Contudo, apresenta-as de acordo com suas convicções do Direito Penal mínimo e como o mais gravoso instrumento estatal de intervenção na liberdade do cidadão.

Ademais, as propostas jurídicas que não perpassarem por efetiva integração com políticas públicas, que não se engajarem em mudança social, notadamente por meio da educação, por mais robusto e belo que seja seu desenvolvimento teórico, poderão ser reduzidas a mera bula de etiquetas. As propostas demandam um conjunto de ações que, se não implementadas, não terão o condão de transformação social. A proposta de Hassemer, ainda que desenvolvida em linhas gerais, tem o mérito de defender a integração não só com outros ramos do ordenamento jurídico, mas proporcionar o dinamismo com a atuação estatal de outras searas.

Apresentados os principais argumentos críticos à proposta de Hassemer, acompanhada de seus expoentes, a importância do Direito de Intervenção para a defesa da intervenção mínima do Direito Penal é reconhecida; afinal, longe de ser uma visão ingênua de preservação tradicional do Direito Penal, o novo ramo desenvolve método efetivo para a ciência penal reduzir ao estritamente necessário a privação de liberdade que há décadas estampa sua falência como resposta estatal.

4.2 O Direito Administrativo Sancionador

Importante para a hipótese desta dissertação é trabalhar com o Direito Administrativo Sancionador, que será analisado de forma a estabelecer paralelo com o Direito Penal. Objetiva-se discutir a vocação do Direito Administrativo Sancionador para a função preventiva e organizativa da Administração Pública, um ramo de *prima ratio*, que contrasta com o Direito Penal, ramo de *ultima ratio*.

A partir da segunda metade do século XIX, nos países europeus, iniciou-se a discussão acerca da sanção administrativa, decorrente da distinção entre Direito de polícia e

Direito Penal, com foco na limitação do poder de punir do Estado. O objetivo de restringir o arbítrio estatal, reduzia o espectro do Direito de polícia – ilícito administrativo, ao passo que fortalecia o Direito Penal, onde maiores eram as garantias dos indivíduos em face do Estado (OLIVEIRA, 2013).

Este cenário se alterou após a Segunda Guerra Mundial, em que Estados Europeus transitaram para um sistema político de bem-estar social e através das sanções administrativas buscaram proteger bens jurídicos coletivos, numa postura mais intervencionista. Em alguns países, como França, Itália e Alemanha, identifica-se um movimento de descriminalização de condutas de menor potencial ofensivo, restringindo a amplitude que o Direito Penal havia alcançado após a revolução francesa (OLIVEIRA, 2013).

Este fenômeno, no entanto, de redução do Direito Penal pelas tendências descriminalizadoras, sobretudo na década de 70 do século XX, influenciado pelas teorias penais garantistas, se inverte no final do século XX, início do século XXI, em que se observa nova expansão do Direito Penal, mas ainda com previsões de ilícitos administrativos. Destarte, não é incomum o cenário de sobreposição da atuação penal e administrativo sancionador. A previsão de novos ilícitos administrativos, não significou necessariamente descriminalização.

Conforme Ana Carolina Carlos de Oliveira:

Esse breve histórico permite-nos observar um movimento pendular entre a criminalização de condutas pelo Direito Penal e pelo Direito Administrativo sancionador, dependendo das opções políticas de determinada época, da conformação do Estado, mais ou menos intervencionista e também, de motivos menos “nobres” para o Direito Penal, como sua instrumentalização, em tempos de crise, para garantir o cumprimento de normas protetoras da ordem econômica” (OLIVEIRA, 2013, p. 103).

Nesse contexto, essencial se torna compreender o Direito Administrativo, em seu viés sancionador, e buscar parâmetros de comparação com o Direito Penal. Segundo Fábio Medina Osório (2011, p. 42) “o Direito Administrativo é o veículo de disciplina normativa de que se vale o Estado, tanto para atuar diretamente, quanto para disciplinar os comportamentos de outros órgãos e pessoas jurídicas.”

O Estado detém poderes e competências de controle e fiscalização para regular a vida em sociedade. O Direito Penal é apenas uma das faces do Estado, que interpenetra nas três funções estatais – ou Poderes, segundo a Teoria da Tripartição de Poderes. O Legislativo edita as normas penais (de *ultima ratio*), que são instrumento ao Poder Executivo, a quem incumbe

fomentar a observância pelos cidadãos, fiscalizar, apurar, e, nos casos de desobediência, pode ensejar a aplicação de sanção pelo Poder Judiciário.

O Direito Penal não é a única face sancionadora do Estado, acompanhado do Direito Administrativo Sancionador, através do qual o Estado também exerce seus poderes e competências de controle e fiscalização.

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, uma vez editadas as normas pelo Legislativo (e nas hipóteses constitucional e legalmente autorizadas, pelo próprio Executivo), o Estado, em sua função Executiva, além de fomentar a observância pelos cidadãos, fiscalizar e apurar, é quem aplica as sanções decorrentes da inobservância da norma. Apesar de a aplicação no caso concreto não ser, via de regra, realizada pelo Poder Judiciário, não há empecilho de seu acionamento pela parte que se sentir ameaçada ou lesada em seu direito, haja vista o sistema de unidade de jurisdição adotado pela vigente Constituição Federal, conforme inciso XXXV do art. 5º (BRASIL, 1988).

O mote de atuação do Direito Administrativo é o interesse público. É papel do Direito Administrativo o fomento, a prestação de serviços públicos, as atividades de polícia e de regulação, e o sancionamento.

A estrutura teórica da sanção administrativa, no Brasil, é influenciada pela concepção europeia, e se consubstancia em quatro elementos característicos: a figura da autoridade administrativa; a imposição de deveres ou privação de direitos (sem possibilidade de privação de liberdade); a finalidade repressora, com vistas a restabelecer a ordem jurídica; e a natureza administrativa do procedimento (OSÓRIO, 2011).

Deve-se alertar que o Direito francês, que influenciou alguns países europeus, adota o sistema da dualidade de jurisdição, no qual os conflitos que envolvem matérias de índole administrativa são solucionados no âmbito da própria Administração Pública, de forma definitiva, sujeitas à coisa julgada administrativa, ou seja, sem possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário. Esta especificidade deve ser considerada quando da análise do Direito comparado.

Apesar de, normalmente, no sistema brasileiro, a sanção administrativa não ser aplicada no âmbito judicial, não há proibição ou impedimento de previsão legal neste sentido. Aliás, no Brasil, tem-se algumas previsões de aplicação pelo Poder Judiciário de sanções administrativas, como as decorrentes da improbidade administrativa, bem como aquelas aplicadas pelos juízos da infância e juventude, na repreensão e tutela dos direitos e deveres das crianças, adolescentes e seus responsáveis. De acordo com Fábio Medina Osório:

No Direito brasileiro, está consagrada a ideia de que juízes podem impor sanções administrativas, ainda que no desempenho de atividades jurisdicionais, desde que habilitados pelo legislador.

Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo (OSÓRIO, 2011, p. 90)

O caráter aflitivo, repreensivo, é também marca da sanção administrativa. Assim como a sanção penal, a medida administrativa sancionadora é uma retribuição, um mal imposto ao infrator, seguindo a lógica da “pena”, palavra que suas raízes⁵ remetem à ideia de “penar” ou purificar através do castigo.

Descabe limitar a sanção administrativa (e de certo modo, também a penal) à função retributiva, certo de que há reflexos preventivos e pedagógicos, ainda que estes não sejam seu objetivo principal.

Fábio Medina Osório conceitua sanção administrativa como:

[...] um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo (OSÓRIO, 2011, p. 100).

As sanções administrativas se assemelham às medidas de polícia, aliás, pode-se dizer que delas se desenvolveram, entretanto, não se confundem. As medidas de polícia relacionam-se ao poder de fiscalização, ou seja, o próprio Poder de Polícia do Estado, que limitam certas atuações ou condutas com o objetivo de assegurar o exato cumprimento das leis e atos normativos.

Nesse sentido, as medidas de polícia não criam ou impõem uma nova obrigação ao administrado, em que pese um contexto de infração ou desrespeito à norma, mas tão somente exigem, na exata medida, o adimplemento das normas de regência. Para exemplificar, cita-se a hipótese da medida de encerramento de uma atividade que, apesar de demandar autorização, esta não teria sido concedida pelo Estado. A medida, apresentada ilustrativamente, limitou-se a restabelecer a legalidade.

⁵ “Do latim POENA, “punição, castigo”, do Grego POINE, derivado de uma raiz do Sânscrito PUNYA, “puro, limpo”, ligada à ideia de purificar ou limpar através do castigo”. Disponível em: <[www.origemdapalavra.com.br/site/pergunta/etimologia-da-palavra-pena/](http://origemdapalavra.com.br/site/pergunta/etimologia-da-palavra-pena/)>. Acesso em: 15 out. 2014.

Já as sanções administrativas aplicadas em decorrência de uma infração, impõem uma obrigação que antes não existia, inovam na privação de direitos ou na imposição de deveres, que denotam conotação repressiva, punitiva.

Em muitas situações, ato contínuo às medidas de polícia, advém a aplicação de sanções administrativas, o que enseja a confusão entre ambas, como se tratassem da mesma atuação do Direito Administrativo. De fato, a vertente do Direito Administrativo Sancionador acaba por servir instrumentalmente ao Poder de Polícia do Estado, contudo, não se restringe a ele. O Direito Administrativo Sancionador tem principiologia, limites e contornos próprios da repreensão estatal. “É verdade, não obstante, que o poder sancionador derivou do poder de polícia, dele se tornando autônomo, para adquirir contornos jurídicos mais próximos ao Direito Penal” (OSÓRIO, 2011, p. 104).

A fronteira que separa o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador não é clara e nem rígida. Aliás, o que se chama de fronteira mais se assemelha a uma “zona cinzenta”, onde o teto da sanção administrativa não corresponde ao piso da sanção penal. Constata-se, muitas das vezes, multas administrativas mais severas que aquelas aplicadas penalmente. A sanção administrativa pode impor a suspensão parcial ou total de atividades, enquanto a restrição de direitos imposta penalmente, comparativamente, pode ser menos gravosa ao infrator.

Destarte, não há um ponto que determine, que limite, onde um termina e outro começa. Assim sendo, não é o conteúdo da sanção que diferencia a administrativa da penal. Incontroverso é o limite máximo do Direito Penal, haja vista que a aplicação de privação de liberdade é medida que somente pode ser imposta por este ramo do Direito. Contudo, nem mesmo o limite mínimo escapa à “zona cinzenta” quanto ao conteúdo da sanção, considerando que, também no Direito Penal, encontra-se previsão de pena de advertência, como para o crime de porte para uso de substância entorpecente, conforme o inciso I do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006.

Este contexto de “zona cinzenta” remete à teoria da unidade do *ius puniendi* estatal, que defende que não há diferenças ontológicas entre as infrações penais e administrativas. Segundo este entendimento, o Estado possui um poder de punir unitário em relação aos indivíduos, e cabe ao legislador, dentro de sua discricionariedade, escolher entre a sanção penal ou administrativa para determinada conduta. Assim, o que hoje é crime, amanhã pode ser descriminalizado tornando-se sanção administrativa, ou o contrário, a infração administrativa de hoje, pode amanhã ser crime.

“A unidade de pretensão punitiva estatal se refere, pois, fundamentalmente, aos dois mecanismos básicos que o Estado dispõe para garantir a ordem pública e o ordenamento jurídico globalmente considerados: os direitos penal e administrativo” (OSÓRIO, 2011, p. 125).

Segundo Fábio Medina Osório (2011), a tese da unidade do *ius puniendi* do Estado é adotada pelo Tribunal Supremo espanhol, mas segundo o autor os próprios julgados do Tribunal espanhol acabam “por desmoralizar tal assertiva teórica, na medida em que os arrazoados e as conclusões dispositivas das decisões apontam regimes jurídicos muito variados às distintas projeções do poder sancionador do Estado” (OSÓRIO, 2011, p. 126).

Helena Regina Lobo da Costa adota a teoria unitária e afirma que:

Não há diferenças ontológicas entre as condutas consideradas ilícitas no âmbito administrativo e na esfera penal. O crime não existe como realidade, ele é produto de uma definição – que não se dá, todavia, de modo arbitrário. Da mesma forma, o ilícito administrativo é criado normativamente (COSTA, H., 2013, p. 202).

Em contraposição à tese de indiferença ontológica entre crime e infração administrativa, há dois principais entendimentos que diferenciam a sanção penal e a sanção administrativa, um que adota critério qualitativo, e outro, que adota critério quantitativo (MELLO, 2007).

Segundo a concepção diferenciadora qualitativo, o ilícito penal tem por foco comportamentos ofensivos a direitos subjetivos dos indivíduos, interesses da coletividade, da sociedade. Já o ilícito administrativo tem por finalidade combater comportamentos que possam ofender a própria Administração Pública, interesses meramente administrativos, ligados ao bom funcionamento da Administração Pública. De acordo com Rafael Munhoz de Mello (2007), este era o pensamento perfilhado por Feuerbach, no início do século XIX, e posteriormente por Max Ernest Mayer, Goldschmidt e Aldo Benvenuti, doutrinadores que apesar da divergência no modo de exposição, destacam a diferenciação qualitativa.

Atribui-se a Feuerbach o entendimento diferenciador qualitativo, considerando que recorreu ao “argumento de que delitos seriam infrações a direitos naturais da vítima, enquanto as contravenções representavam infrações ao poder de polícia do Estado” (OLIVEIRA, 2013, p. 115).

Para James Goldschmidt a diferença entre ilícitos penal e administrativo “reside na existência de um desvalor ético, presente nos ilícitos penais, e na imposição de uma pena restritiva de liberdade. [...] as sanções administrativas estariam baseadas em infrações de mera

ordenação, eticamente neutras, voltadas para a proteção [...] do Estado” (OLIVEIRA, 2013, p. 115).

Lobo da Costa (2013, p. 194) afirma que “as posições qualitativas perderam espaço na doutrina especialmente a partir da Reforma de 1968 [na Alemanha], que promoveu a descriminalização de diversas condutas, algumas delas tornando-se ilícitos contravencionais.”

Sob a concepção diferenciadora quantitativa, a sanção penal e a sanção administrativa diferenciam-se com base em critérios materiais. Abandona-se a concepção que contrapõe interesses da coletividade e interesses da Administração Pública, para focar no grau de intervencionismo estatal.

Adota-se um critério de diferenciação chamado de quantitativo, para o qual às condutas mais graves são reservados os apenamentos do Direito Penal, enquanto às menos graves, são reservadas ao sancionamento Administrativo.

Sob o entendimento diferenciador quantitativo, as sanções penais e administrativas evidenciarão distinções em razão do grau, contudo não aprofunda em diferenças quanto a essência. Rafael Munhoz de Mello (2007) apresenta esta corrente como largamente difundida no Direito Espanhol, e cita como expoente José Cerezo Mir.

Ana Carolina Carlos de Oliveira (2013, p. 118) sustenta que Cerezo Mir defende “um elemento ético diferenciador das sanções”, segundo o qual há “determinadas condutas axiológico-socialmente relevantes, que devem constituir o conjunto de crimes, e condutas axiológico-socialmente neutras, passíveis de serem tratadas como infrações administrativas.”

Apesar das teses unitária e diferenciadoras, o que se constata é que são apresentadas distinções em relação à sanção penal e à sanção administrativa, sem uma profunda discussão ontológica. Nieto Garcia (2012) alerta que não se deve confundir diferenciações normativas com diferenciações ontológicas.

Neste sentido, passa-se a citar algumas diferenciações, ainda que normativas, na busca de paralelo entre ilícito administrativo e penal. Para tanto, baseia-se nas considerações doutrinárias de Fábio Medina Osório (2011).

A primeira distinção que se destaca é o sancionamento das pessoas jurídicas, amplamente aceito através do administrativo sancionador, mas inadmitido, ou aceito com reservas, pelos penalistas. Os dogmas do Direito Penal, notadamente da responsabilidade subjetiva restringem (senão inviabilizam) a responsabilização das pessoas jurídicas.

Depreende-se assim, que o Direito Administrativo Sancionador possui um caráter mais funcionalista que o dogmático Direito Penal. É certo que na atual sociedade, penalistas se veem seduzidos pela funcionalidade, uma das fontes do conflito entre Direito Penal

clássico e moderno, o que reaproximaria sanção administrativa e penal, para aqueles que seguem essa vertente.

Outra distinção apresentada entre Direito Penal e Administrativo Sancionador é o fato de o primeiro ramo ser de aplicação exclusiva do Poder Judiciário, Poder este que detém o monopólio da jurisdição. Já o Administrativo Sancionador, conforme já exposto, como regra, é aplicado pela própria Administração Pública — o que não impede previsão legislativa que estabeleça a aplicação judicial.

Decorrente da distinção anterior, é aquela que aponta que a sanção penal para ser imposta, demanda, necessariamente, o processo penal, com suas formalidades rígidas e garantias. Enquanto a sanção administrativa, decorre de processo judicial ou procedimento administrativo, mas ambos extrapenal, que apesar de regras formais, não possuem a mesma rigidez do processo penal.

Em seguimento às distinções, tem-se ainda o fato de o princípio da intervenção mínima ter protagonismo no Direito Penal, ao passo que o princípio do interesse público é o que tem papel de destaque no Administrativo Sancionador.

A ênfase das distinções refere-se à previsão de pena privativa de liberdade como exclusividade do Direito Penal. Não se admite o sancionamento extremo pelo Direito Administrativo Sancionador.

Alejandro Nieto Garcia (2012) aponta como componente diferenciador entre sanção penal e sanção administrativa, os métodos de proteção dos bens jurídicos. Para o autor, o Direito Administrativo Sancionador previne perigos aos bens jurídicos através da proibição de *meios* que possam criar riscos; já o Direito Penal protege bens jurídicos prevenindo *resultados*, pela proibição de condutas conhecidamente perigosas.

Nesta linha de raciocínio de Nieto Garcia (2012), o Direito Penal seria orientado pelo princípio da prevenção, enquanto que ao Direito Administrativo Sancionador, pelo princípio da precaução, princípios estes que serão melhor detalhados no capítulo 5.

“A regra, enfim, é a existência de diferenças, não de identidades entre os direito penal e administrativo sancionador, como também no interior desses modelos se reproduz a mesma lógica das diferenciações intensas” (OSÓRIO, 2011, p. 131).

Destarte, as diferenças apontadas não significam que haja distinções ontológicas entre sanção penal e administrativa, que apesar das diferenças, ambas decorrem do exercício do *ius puniendi* estatal. Neste ponto vale citar a colocação de Nelson Hungria ao tecer considerações acerca da ilicitude penal e civil, mas que remetem a uma origem única de ilicitude jurídica:

A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na essência, é o dever jurídico. Dizia Bentham que as leis são divididas apenas por comodidade de distribuição: todas podiam ser, por sua identidade substancial, dispostas sobre um mesmo plano, sobre um só mapa-mundi. No que tem de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior ao homem, antijurídico, imputável a título de dolo e culpa. [...] Diferença puramente de grau ou de quantidade (HUNGRIA, 1958, p. 30).

Há que se reconhecer que apesar da “zona cinzenta”, a *ultima ratio*, a intervenção mínima e a pena privativa de liberdade são marcas do Direito Penal, que não se confundem ou se identificam com o Direito Administrativo Sancionador. Usando a expressão de Hassemer, pode-se dizer que pelo menos no “núcleo duro”, nítidas são as características do Direito Penal.

Por outro lado, no Direito Administrativo Sancionador, a flexibilidade e a lógica preventiva possuem maior expressão, onde o campo é mais fértil para desenvolver mecanismos efetivos para precaver riscos e ameaças, de modo a atender aos anseios da vigente sociedade.

De toda sorte, ao legislador recai a escolha discricionária da utilização dos instrumentos sancionadores do Estado, entre o Direito Penal e o Administrativo Sancionador, a depender do bem jurídico, da conduta, da gravidade da lesão e da relevância social do valor envolvido. Do mesmo modo que tem o legislador a discricionariedade regrada (baseada em limites constitucionais e legais) de escolher o que será lícito e o que será ilícito, possui liberdade (regrada) para a escolha do meio de sancionamento – se mais ou menos gravoso.

Aos estudiosos e à doutrina jurídica, incumbe discutir critérios orientadores em busca de proposições que auxiliem à política legislativa, bem como a efetiva aplicação do ordenamento jurídico por todas as instituições, com vistas a alcançar o fim maior de pacificação social, das gerações presentes e futuras.

Passa-se ao próximo capítulo, no qual serão desenvolvidos os princípios da intervenção mínima, com seus corolários subsidiariedade e fragmentariedade, e da ofensividade, norteadores do Direito Penal, bem como os princípios da prevenção e precaução, norteadores do Direito Ambiental, que em simbiose transdisciplinar, fundamentam a hipótese deste trabalho.

Após, posicionando-se criticamente à atual previsão dos crimes e infrações administrativas ambientais no Brasil, avança-se na exposição dos limites e possibilidades do Direito Penal, na defesa do meio ambiente, sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador como materialização do Direito de Intervenção proposto por Hassemer.

5 FUNDAMENTOS, LIMITES E CRÍTICAS À ATUAL UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

A proteção de bens jurídicos não é tarefa exclusiva do Direito Penal, sendo este ramo um dos instrumentos que dispõe o ordenamento jurídico, mais especificamente, o último dos instrumentos. Nesse contexto, importante papel também desempenha o Direito Administrativo Sancionador.

Neste capítulo final, a partir das considerações registradas nos capítulos anteriores, pretende-se responder às indagações: Qual o papel do Direito Penal na tutela do meio ambiente? Quais os seus limites para o exercício desta função?

Para fundamentar a hipótese, passa-se a analisar os princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da ofensividade, bem como os princípios da prevenção e da precaução.

Após, realiza-se uma análise crítica da atual previsão, pela legislação brasileira, dos crimes e infrações administrativas ambientais, o que impulsiona o posicionamento propositivo, na expectativa de melhor delineamento entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal Ambiental.

Ao final, desenvolve-se a hipótese de que o Direito Penal é importante instrumento de tutela do meio ambiente e proteção das gerações presentes e futuras, mas somente será legítima sua atuação se efetivamente acionado como o último mecanismo de defesa. Por ser o último dos meios, essenciais se tornam os meios precedentes e, dentre estes, destaca-se o Direito Administrativo Sancionador, que deve ser fortalecido. Para tanto, propõe-se a adoção do modelo de Hassemer, o Direito de Intervenção.

5.1 Princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da ofensividade

O princípio da intervenção mínima integra a dogmática penalista desde a afirmação do Direito Penal como ramo autônomo no ordenamento jurídico, o que remonta ao movimento iluminista, contrário às instituições do Antigo Regime. Nos séculos XVII e XVIII, o pensamento crítico que influenciou o Iluminismo teve como importante ponto o pensamento jurídico, notadamente o penal.

Foram os questionamentos acerca do arbítrio repressivo, da punição, da legalidade, do respeito à pessoa, à vida e à liberdade, da proporcionalidade das penas, enfim dos limites da atividade Estatal em relação ao homem, ainda não sistematizado naquele momento como uma dogmática penal, que serviram de base para delinear-se o moderno Estado de Direito.

Sob a égide da Revolução Francesa, em 1789, foi editada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O artigo 8º da citada Declaração de 1789, consagrou o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, sob a previsão de que “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

Dessa forma, desde a origem da dogmática penal, só se admite a atuação do *ius puniendi* quando estrito e evidentemente necessário, o que significa dizer que somente é legítimo o sancionamento penal de determinada conduta se este for o instrumento jurídico imprescindível para a proteção do bem jurídico.

Não é em vão que a previsão da necessidade da pena foi estabelecida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, juntamente com o princípio da legalidade, já que ambos são garantias do cidadão e limites ao poder de punir do Estado, com o fito de afastar o arbítrio punitivo.

O Estado de Direito é construído e inaugurado com o objetivo de pôr fim à força absolutista monarca. A burguesia em ascensão não mais aceitava o amplo e livre poder nas mãos do monarca, que submetia os indivíduos à repressão sancionatória, de acordo com sua vontade — vontade esta que se acreditava decorrer de um poder divino — com penas desproporcionais, quando não, bárbaras e desumanas. Questionou-se a justiça repressiva concentrada no poder autoritário absoluto, momento em que as penas eram caracterizadas pela força da vindita.

O Estado de Direito, instituído sob o paradigma liberal, caracteriza-se pelo império da lei, a qual não é vista apenas como poder do Estado, mas notadamente como limite ao poder estatal. Importante função da lei é o controle formal do espaço de atuação do Estado contra a liberdade do cidadão. Neste contexto, o princípio da intervenção mínima é delineado.

O princípio da intervenção mínima não é previsto explicitamente na Constituição brasileira de 1988, como se verifica na Itália e na Alemanha, onde decorrem de princípios que proclamam a liberdade inviolável e a dignidade humana.

Na Constituição da República de 1988, o fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana (art.1º, III). Conjugando-o com o direito fundamental à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurados pelo artigo 5º da Constituição Federal, tem-se que a imposição de sanção penal ao cidadão somente é admitida pela ordem constitucional brasileira quando estrita e evidentemente necessária para a tutela de bens jurídicos fundamentais.

Segundo Maura Roberti:

Reconhecido como intangível este postulado da dignidade da pessoa humana, uma certeza advém, a de que as disposições que restringem a liberdade humana não podem ultrapassar o limite do necessário, entendendo-se como limite o exercício do direito cedido pelo povo aos seus dirigentes, apenas para coibir a conduta então tida como pernicioso para a harmonia da sociedade, sendo a Intervenção Mínima do Direito Penal inerente ao Estado Democrático de Direito, servindo de princípio limitador do poder punitivo estatal (ROBERTI, 2001, p. 68).

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal é um importante vetor para o legislador, sendo um respeitável critério no processo legislativo para elaboração de leis penais, já que estruturante da lógica e racionalidade do sistema normativo penal. O acionamento último da seara penal decorre da gravidade de sua imposição ao cidadão, como derradeiro instrumento da força estatal que incide sobre a liberdade, de modo que não deve ser aplicável para proteção de qualquer bem jurídico, e nem mesmo para qualquer lesão ou ameaça de lesão.

Nesse sentido, Luiz Luisi denomina o princípio da intervenção mínima de “princípio da necessidade”, segundo o qual “só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta” (LUISI, 2003, p. 39).

De acordo com Maura Roberti (2001), o princípio da intervenção mínima exerce três funções essenciais, quais sejam: estabelecer as hipóteses de incidência das leis penais; indicar os limites da restrição à liberdade de ação humana; e estabelecer a necessidade de incidência da consequência jurídica do delito.

Assim sendo, ao tratar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal como princípio da necessidade, significa que, se outros meios se revelam suficientes para a tutela do bem jurídico, faz-se desnecessária a atuação do Direito Penal. O que conduz ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, corolário da intervenção mínima.

Segundo Luiz Luisi, o princípio da subsidiariedade preconiza que o acionamento do Direito Penal “só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade” (LUISI, 2003, p. 40).

O princípio da subsidiariedade é o fundamento invocado nas argumentações do uso do Direito Penal como instrumento de *ultima ratio*, da imperativa necessidade de seu acionamento, o que decorreria da insuficiência dos ramos menos gravosos do ordenamento jurídico.

As ideias ínsitas ao princípio da intervenção mínima e corolário da subsidiariedade estão relacionadas com as teorias do bem jurídico-penal, haja vista serem orientadoras da seleção das hipóteses em que necessária se fará a tutela destes bens pelo ramo jurídico de *ultima ratio*, o que foi objeto de análise no capítulo 3.

Intimamente ligado à ideia de subsidiariedade e também corolário da intervenção mínima do Direito Penal, é o princípio da fragmentariedade, do qual desponta que, ainda quando o Direito Penal é chamado a intervir, não atuará para toda e qualquer conduta que atinja o bem jurídico-penal. “Esta redução da incidência do direito penal, que legitima sua aplicação apenas a alguns ataques a bens jurídicos, define o princípio da fragmentariedade” (BOTTINI, 2013, p. 159).

Conforme Luiz Luisi, o caráter fragmentário do Direito Penal significa que ele “não encerra um sistema exaustivo de proteção e de bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por este ser o meio indispensável [...]” (LUISE, 2003, p. 40).

Pierpaolo Cruz Bottini analisa a *ultima ratio* do Direito Penal através dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. Segundo o autor:

A sanção penal é uma medida de restrição da dignidade humana: logo, sua utilização é legítima apenas diante de condutas que atentem contra esta mesma dignidade. O direito penal é a *ultima ratio*, o último remédio da sociedade para proteger determinados valores, somente empregado quando todos os outros mecanismos de controle social, como o direito civil e o administrativo, falham ou mostram-se incapazes de exercer tais funções (BOTTINI, 2013, p. 157).

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, impossibilita a intervenção punitiva penal se não houver afetação ao bem jurídico tutelado. Conforme Bottini (2013, p. 154), “o conceito de *nullum crime 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 os interesses tutelados.”

De acordo com o princípio da ofensividade, não se admite a punição quando a conduta não importar em lesão ou efetiva exposição a perigo ao bem jurídico protegido pois, do contrário, punir-se-ia a moral do indivíduo. Não se pode confundir dever normativo ou consciência jurídica, com dever moral ou consciência moral, e é isso que o princípio da ofensividade vem delimitar.

A ordem constitucional brasileira, em incisos do art. 5º da vigente Constituição, assegura como direito e garantia fundamental: a liberdade de manifestação do pensamento; a

inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença; a liberdade de convicção filosófica e política; a liberdade de expressão intelectual; a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dentre outras liberdades que impossibilitam o controle estatal da consciência moral dos indivíduos.

Segundo Zaffaroni e Batista (2006, p. 225), as principais consequências das supracitadas garantias constitucionais podem ser assim sintetizadas: “a) o estado não pode estabelecer uma moral; b) em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral; c) as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade.”

O princípio da lesividade remete à natureza lesiva do resultado, o que significa dizer que somente se admite a imposição de sanção penal para os casos de lesão ao direito de outrem, vez que o Direito Penal é instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Fábio Roberto D’Avila (2009, p. 51), sobre o princípio da ofensividade, afirma, “de forma sintética: *não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal.*” Prossegue o autor, aduzindo que o princípio da ofensividade, de forma inequívoca, expressa um ideário político-ideológico, e assevera que:

[...] corresponde, em um primeiro momento, a uma compreensão político-ideológica estabelecida nos ideais de um Estado laico, liberal, tolerante, pluralista e multicultural, comprometido com a dignidade humana e com o reconhecimento de direitos fundamentais, em clara e assumida oposição a Modelos de Estados autoritários, erigidos na persecução de objetivos éticos, na punição de inclinações anti-sociais e na mera infração ao dever. Afinal, como a própria história demonstra, não só a compreensão do ilícito sempre disse muito sobre o modelo de Estado em que é implementada, como o Modelo de Estado sobre a aceção de ilicitude que recepciona (D’AVILA, 2009, p. 51).

Portanto, o princípio da ofensividade é essencial à proteção de liberdades. Afinal, alargar o espectro de punição, para admitir o sancionamento de condutas que não lesem bens jurídicos, é usar o Direito Penal para impor moral e ditar consciência ética. Esse modelo, que foi implementado pelo Estado Nazista, deixou ensinamentos que não se limitam à mera memória, mas representam sério marco à humanidade sobre a importância da manutenção de garantias e liberdades, como forma de tutela da dignidade da pessoa humana, não se admitindo retrocessos. Sobre a questão vale citar a análise de Fábio Roberto D’Avila:

Nunca é demais lembrar, o que aqui se faz meramente a título de ilustração, que em um ponto diametralmente oposto ao modelo que ora se propõe [ilícito como ofensa a bens jurídicos-penais] está justamente a concepção de crime defendida durante o nacional-socialismo. Neste período, o ordenamento jurídico-penal alemão erige-se

sobre a noção de violação do dever e da obediência ao Estado. Não mais o bem jurídico é a pedra angular do fenômeno delitivo, mas a “*violação do vínculo ético*”. A sociedade representada no Estado substitui o espaço antes ocupado pelo homem, e o centro do direito penal é ocupado por conceitos como fidelidade e obediência (D’AVILA, 2009, p. 51).

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Flávio Avellar Silva Freitas (2014) consideram que o princípio da ofensividade promove a diferença entre moral e direito ao estabelecer que o Direito Penal somente pode atuar em face a exterioridade e alteridade. Segundo os citados autores:

Observa-se, dessa forma, que o princípio da ofensividade promove a migração dos aspectos gerais do direito da exterioridade e da alteridade – que se diferencia da moral, por preocupar-se esta com o exame de atitudes interiores –, para o âmbito específico do Direito Penal, em que à conduta do autor da infração penal se vincula o bem jurídico protegido, em que lesionado pela ação delituosa, como emblema do outro sujeito, isto é, a pessoa do ofendido (RIBEIRO; FREITAS, 2014, p. 258)

Os princípios da necessidade e da lesividade são de tal modo entrelaçados, que Ferrajoli analisa ambos de forma conjunta, e assevera que:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as *proibições mínimas necessárias*, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal (FERRAJOLI, 2010, p. 427).

Os princípios da intervenção mínima e da ofensividade são parâmetros para o acionamento último do Direito Penal, contudo, cabe o alerta de Ferrajoli (2010) de que não estabelecem com precisão a natureza e a quantidade de dano que ensejam o gravoso sancionamento penal, ônus que incumbe ao Direito Penal demonstrar, sob sua justificação instrumental, que é a de assegurar liberdades. Segundo o autor:

Naturalmente, nem o princípio de necessidade nem o de lesividade podem determinar com precisão a natureza e a quantidade do dano que impõem a necessidade, em cada caso, da proibição jurídica. [...]
Mas o princípio de lesividade impõe à ciência e à prática jurídica precisamente o ônus de tal demonstração. A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. [...]
Por outro lado, o princípio da lesividade – por estar ligado ao de necessidade das penas e, com isso, à versão liberal da utilidade penal como mínima restrição necessária, e uma vez definidos seus parâmetros e alcance – é idôneo para vincular o legislador à máxima kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a

(única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um (FERRAJOLI, 2010, p. 428-429).

Atualmente, tão importante quanto os expostos princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da ofensividade, é a contextualização destes princípios na vigente sociedade: uma sociedade em constante e célere processo de transformação, desde o advento da revolução industrial — que evoluiu para tecnológica —, marcada pelo grande e instantâneo fluxo de informações.

A sociedade de risco a que alude Ulrich Beck (2010), é caracterizada por alterações no complexo relacionamento social decorrentes de novos perigos e ameaças, imprevisíveis e incalculáveis, que são obras humanas. Os riscos que se mencionam, são os susceptíveis de desequilíbrios ecológicos, de comprometer a vida planetária, resultados de ações e escolhas humanas, que têm origem artificial porque produzidos pela atividade do ser humano.

Esse contexto não pode ser ignorado, porque ele modifica a escala de relevância e de valores da sociedade. Nessa nova ordem de ideias, restam em xeque paradigmas herdados do liberalismo clássico, fundado na concepção de contrato social, que defendem a intervenção mínima do Direito Penal como proteção de bens de índole individual.

Não há como retroceder ou tentar mitigar a importância dos bens transindividuais para a sociedade contemporânea. Como defender direito à vida, à liberdade, ao patrimônio, sem meio ambiente, sem saúde pública?

Reflexões causam a pontuação de Figueiredo Dias (2001, p. 167) de que defender a manutenção de dogmas do Direito Penal, sob a ótica radical do paradigma liberal, pode “[...] pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* “de pernas para o ar”, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade [...]”.

De fato, como defender, na vigente sociedade, que uma conduta capaz de atingir o bem jurídico difuso meio ambiente não seja tutelada pelo Direito Penal, enquanto condutas que envolvem o bem jurídico patrimônio, no contexto de um furto, por exemplo, o sejam? Para a sociedade contemporânea, possui o patrimônio individual valor superior ao bem difuso meio ambiente?

Claro que análise e resposta a esta indagação não se resumem a um singelo “não”. Tutelar penalmente o patrimônio individual, através do delito de furto, não significa necessariamente dizer que ele possui maior valor que o meio ambiente. Do mesmo modo, defender que o Direito Penal não é solução para a tutela de toda e qualquer ação contra o meio

ambiente, não significa dizer que o bem jurídico meio ambiente seja desvalorizado pela sociedade.

A indagação ventilada tem por objetivo demonstrar a importância da releitura dos princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da ofensividade no contexto social atual. Não se pode abrir mão ou menosprezar as conquistas do paradigma penal clássico, desenvolvido e fortalecido desde o Iluminismo. Essenciais naquele contexto, fez-se a construção de garantias aos indivíduos que estabeleceram limites ao poder de punir do Estado. Imprescindíveis ainda se fazem essas garantias e limites, e não se defende que sejam abandonados ou relevados.

Contudo, de igual forma, não há mais espaço para a interpretação e aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal de forma absoluta. Não flexibilizar algumas concepções do Direito Penal clássico pode importar na perda de função de legitimação, bem como na redução da importância do Direito Penal para a sociedade contemporânea.

Também critica-se aqui o posicionamento oposto que, ao buscar aplicação do Direito Penal para o contexto da sociedade de risco, vai ao outro extremo, pendendo para uma intervenção em primeiro grau do Direito Penal. Com o argumento da dignidade do meio ambiente, defendem a tutela penal máxima, de índole repressiva e funcionalizadora, para controlar riscos e perigos ao meio ambiente.

Neste sentido, vale a análise crítica de Pierpaolo Cruz Bottini:

O contexto social atual, por ser dinâmico e estar fundado na criação e aceitação de riscos como elemento integrante da organização, tem a exposição de bens jurídicos a perigo como fenômeno natural. O direito penal não pode atuar sobre toda e qualquer periculosidade, sob pena de macular modo de produção e a estrutura política e social. O risco integra o cotidiano e sua supressão por completo não é possível (BOTTINI, 2013, p. 159).

Busca-se, neste trabalho, a defesa de uma posição intermediária, de releitura dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade, que reconhece que o Direito Penal tem sim seu papel na defesa do meio ambiente. Contudo, defende-se igualmente mais limites a esta atuação, com vistas a estabelecer parâmetros e critérios que norteiam a construção destes contornos.

A subsidiariedade do Direito Penal revela-se como salutar para alicerçar essas fronteiras, só se admitindo a criminalização de um comportamento no âmbito ambiental, com toda sua carga estigmatizante, quando vulnerar o equilíbrio ecológico protegido constitucionalmente – art. 225 da Constituição Federal.

5.2 Princípios da prevenção e da precaução

A Constituição Federal de 1988 estabelece no seu artigo 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988).

O princípio da prevenção se fundamenta no dever de todos quanto à defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A prevenção é uma importante concepção para o sistema jurídico como um todo, mas em especial para o Direito Ambiental, uma vez que sua verdadeira eficácia perpassa um viés preventivo, na medida em que interessa, em primeiro plano, a capacidade de tutela do meio ambiente pela prevenção de danos, e não pela reparação.

A responsabilidade ambiental de todos, estabelecida pela Constituição Federal, impõe a prevenção, reparação e repressão em prol do bem jurídico meio ambiente, estatuído pelo §3º do art. 225 ao dispor que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 1988).

Prevenir significa adotar medidas e agir de forma a evitar o dano, de modo que, para tanto, é necessário conhecer os danos possíveis e as ações ou omissões que lhes dão causa, para envidar esforços com o propósito de evitá-los. Esta já não é uma tarefa simples, contudo se torna ainda mais complexa no contexto da sociedade de risco. “A gestão do risco pressupõe o conhecimento e a definição dos riscos permitidos e não permitidos, bem como a definição e aplicação de medidas preventivas ou reparadoras que façam valer as decisões do gestor” (BOTTINI, 2013, p. 47).

Retomando as noções já desenvolvidas sobre a sociedade de risco, no atual estágio da modernidade, é justo afirmar que o desenvolvimento industrial e tecnológico encontra-se em escalas cada vez maiores e mais velozes. A cada dia surgem novas técnicas, novas ações, novos produtos, novas químicas, que otimizam tempo, produção e geram maiores lucros, numa ciranda que não para de girar, marcada por muito dinamismo e competitividade.

A atividade de estudo do risco torna-se imprescindível nesse cenário. Entretanto, o conhecimento científico atual não é capaz de mensurar ou afirmar quais os desdobramentos do uso das técnicas e produtos que estão a surgir. Em muitos casos, somente com o passar dos anos a ciência estará apta para identificar um perigo ou um dano causado por alguma

atividade ou produto outrora amplamente fomentado, que ainda podem estar sendo utilizados. Essa situação impõe, no mínimo, cautela. A falta de certeza científica sobre riscos ou danos não pode ser argumento para a não adoção de medidas que os cerquem ou impeçam.

Conforme Pierpaolo Cruz Bottini:

O conhecimento científico não dispõe de instrumental suficiente para conhecer as relações de causalidade possíveis, inerentes às novas tecnologias, em todos os seus possíveis aspectos, o que torna inviável a construção de estratégias públicas e privadas de contenção do risco com base em informações precedentes (BOTTINI, 2013, p. 47).

Nesse contexto emerge o princípio da precaução. Se o princípio da prevenção trabalha com perigos conhecidos, sabida a origem de determinados riscos, ele não se mostra suficiente para responder à conjuntura de incertezas sobre riscos ou danos em tempos vindouros. Dessa forma, ao princípio da precaução incumbe trabalhar com a probabilidade, com a incerteza, com a mera presunção, enquanto o princípio da prevenção pressupõe a eliminação de riscos comprovados e a adoção de medidas a evitar os desdobramentos diagnosticados.

O princípio da precaução surgiu, portanto, como um desenvolvimento necessário do princípio da prevenção. Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2011, p. 36), “o princípio da precaução surgiu no direito ambiental alemão, na década de 1970, com vistas à proteção ambiental — é o *Vorsorgeprinzip*”. No mesmo sentido, destaca Pierpaolo Cruz Bottini:

O *Vorsorgeprinzip* (princípio da precaução) surge, portanto, como princípio norteador da política alemã de meio ambiente, que determinava às autoridades a obrigação de agir perante uma ameaça de danos ambientais irreversíveis, mesmo que os conhecimentos científicos até então acumulados não confirmassem tal risco (BOTTINI, 2013, p. 51).

Apesar da consideração do princípio da precaução desde a década de 70 na Alemanha, pode-se afirmar que foi a partir da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, que ele se consolidou no Direito Ambiental, através de sua positivação como princípio 15, ainda que, *a priori*, como *soft law*. Assim prevê o Princípio 15, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Segundo Nogueira da Cruz (2008, p. 179), é a partir do final da década de 80 do século XX que se constata uma maior preocupação e um movimento em prol da importância de agir com cautela, mesmo diante da incerteza científica. É então no final do século XX que “o pensamento sobre a matéria começou a mudar para que se levasse em conta também as incertezas científicas e os danos que às vezes podem ser irreversíveis, se decorrentes de atuação fundada em premissas científicas que logo poderiam mostrar-se errôneas” (CRUZ, 2008, p. 179).

De acordo com Romeu Thomé (2014), o princípio da precaução:

“[...] é considerado uma garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. No caso de ausência da certeza científica formal, a existência do risco de dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prevenir, minimizar e/ou evitar este dano” (THOMÉ, 2014, p. 180).

O princípio da precaução, portanto, atua antes do princípio da prevenção, ou seja, enquanto a prevenção age a partir de um dano ou risco conhecido, a precaução intervém mesmo diante da ausência de certeza científica se riscos ou danos existirão. A precaução vai mais longe que a prevenção, já que não admite sequer a potencialidade de dano, e trabalha com a mera probabilidade.

Alexandre Kiss (2004) estabelece um paralelo entre os princípios da prevenção e da precaução, e a importância deste último para a proteção das gerações futuras. Segundo afirma:

A diferença entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução está na avaliação do risco que ameaça o meio ambiente. A precaução é considerada quando o risco é elevado – tão elevado que a total certeza científica não deve ser exigida antes de se adotar uma ação corretiva, devendo ser aplicado naqueles casos em que qualquer atividade possa resultar em danos duradouros ou irreversíveis ao meio ambiente, assim como naqueles casos em que o benefício derivado da atividade é completamente desproporcional ao impacto negativo que essa atividade pode causar no meio ambiente. Nesses casos, é necessário um cuidado especial a fim de preservar o ambiente para o futuro. Este é naturalmente o ponto comum entre os direitos das gerações futuras e o princípio da precaução. Em determinadas situações, a aplicação do princípio da precaução é uma condição fundamental para proteger os direitos das gerações futuras. Uma das principais características desse princípio é que, naqueles casos, em que há uma incerteza científica, a obrigação real de tomar decisões passa dos cientistas para os políticos, para aqueles cuja tarefa é governar (KISS, 2004, p. 11).

“O termo ‘precaução’ deriva do latim tardio *precautio-onis*, que significa cautela antecipada” (BOTTINI, 2013, p. 48). O princípio da precaução traz a ideia de antecipação de forma mais latente que o princípio da prevenção. É certo que ambos trabalham com a

antecipação, entretanto o grau de antecipação é mais intenso na precaução, que impõe a cautela e adoção de medidas independentemente de certeza científica sobre riscos ou danos.

A precaução assume a dimensão de “alternativa de gestão da incerteza, traz na sua essência uma verdadeira ‘ética do cuidado’, que não se satisfaz apenas com a ausência de certeza dos malefícios, mas privilegia a conduta humana que menos agrida o meio natural” (THOMÉ, 2014, p. 182).

A diretriz da precaução é essencial ao Direito Ambiental e uma das formas de materializar o princípio da equidade intergeracional. O meio ambiente, bem difuso, não é de titularidade apenas das gerações presentes, mas também daquelas que estão por vir. Não é admissível que a natureza aguarde a evolução dos conhecimentos humanos para ser protegida. Não se pode esperar a prova científica do dano para agir, até porque os danos podem ser irreversíveis. Conforme Denise Hammerschmidt:

O princípio da precaução, enquanto princípio estruturante do Estado de Direito Ambiental, corresponde à *essência* do direito ambiental e inscreve-se em uma nova modalidade de relações do saber e do poder. A ideia da precaução é uma reformulação da exigência cartesiana da necessidade de uma dúvida metódica. Ela revela uma ética da decisão necessária em um contexto de incerteza, e sua aplicação é um dos sinais das transformações filosóficas e sociológicas que caracterizaram o final do século XX.

O princípio da precaução articula-se na base de dois *pressupostos*: a possibilidade que condutas humanas causem danos coletivos vinculados a situações catastróficas que podem afetar o conjunto de seres vivos – por uma parte -, e a falta de evidência científica (incerteza) a respeito da existência do dano temido – por outra. Incerteza não somente na relação de causalidade entre o ato e suas consequências, mas quanto à realidade do dano, a medida do risco ou dano (HAMMERSCHMIDT, 2003, p. 145).

Necessário atentar para o fato de que o princípio da precaução, apesar de ter a seu favor a incerteza científica de riscos, como não poderia deixar de ser encontra limites, sendo aplicável somente para as hipóteses de riscos graves e irreparáveis, e não para a probabilidade de riscos de qualquer natureza, sob pena de inviabilizar o desenvolvimento tecnológico e econômico.

Ademais, há de se compreender incerteza científica como a inconclusão, mesmo após estudos e pesquisas com o estágio vigente de conhecimento humano. Não se trata de dúvida infundada, de mera incerteza, mas da real impossibilidade de se afastar a probabilidade de riscos graves e irreparáveis.

A legislação brasileira tem, paulatinamente, incorporado a precaução em textos normativos, como a Lei de Biossegurança, Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, que

expressamente menciona o princípio em comento no artigo 1º. Ademais, conforme afirma Pierpaolo Cruz Bottini:

[...] o Brasil ratificou e incorporou no ordenamento jurídico três diplomas internacionais que mencionam o princípio da precaução: a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro sobre Mudança no Clima. Na jurisprudência, por outro lado, já existem manifestações da aplicação da precaução, especialmente no que concerne à imposição da realização de estudos de impactos ambientais em atividades sobre as quais recai suspeita de riscos e à vedação da utilização de organismos geneticamente modificados na agricultura (BOTTINI, 2013, p. 53).

Se a legislação ambiental propriamente dita tem incorporado paulatinamente o princípio da precaução, no que pertine ao âmbito penal-ambiental, é onde se constata maior incidência das ideias precautórias. É exatamente nesse ponto que a problemática desta dissertação se destaca: é possível a utilização do Direito Penal para fins precautórios? Ou este é um limite à atuação do Direito Penal?

5.3 Posicionamento crítico à atual previsão dos crimes e infrações administrativas ambientais

A Lei dos Crimes Ambientais, Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. As infrações administrativas ambientais e suas respectivas sanções foram regulamentadas pelo Decreto n.º 6.514, de 22 de julho de 2008.

A Lei dos Crimes Ambientais e o Decreto regulamentador n.º 6.514/2008 reforçam o sistema normativo de controle, prevenção e repressão na seara ambiental, mecanismos de tutela do meio ambiente no Brasil. Antes do advento da Lei n.º 9.605/1998, não havia a previsão condensada de crimes ambientais e os tipos penais encontravam-se esparsos em diplomas legais diversos, o que dificultava o conhecimento (não só dos cidadãos destinatários das normas, mas por vezes, das próprias autoridades) e, muitas das vezes, inviabilizava a aplicação prática dos dispositivos.

A Lei dos Crimes Ambientais tem o mérito de sistematizar o regime sancionatório ambiental, reunindo em um texto legal significativo arcabouço Penal-Ambiental, o que não exclui e nem impossibilita as previsões de tipos penais em outros textos legislativos. A Lei n.º 9.605/998 complementa, portanto, a Política Nacional do Meio Ambiente, tratada pela Lei n.º 6.938/1981, e atende ao comando constitucional do §3º do art. 225 da Constituição Federal,

que prescreve que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

Em que pese o mérito de unificar a regulamentação do “mandado expresso de criminalização” (PRADO, 2012, p.79), a Lei n.º 9.605/1998 é alvo de críticas quanto à sua adequação ao fim proposto. Não bastasse a crescente expansão do Direito Penal, sua administrativização, o populismo de normas penais simbólicas, a excessiva previsão de crimes de perigo abstrato e a falta de proporcionalidade de alguns tipos penais são características marcantes da referida Lei n.º 9.605/1998.

Todavia, o Direito Penal Ambiental tem como importante marca a transdisciplinaridade. Isso porque ele exige a interseção com conteúdos externos ao Direito, como a biologia, a engenharia (ambiental, genética, *etc*), a física, a química, a medicina, enfim, conhecimentos de outros sistemas que dão o suporte técnico para a construção da norma jurídica e sua aplicação pelos atores processuais.

Diante desse contexto, o Direito Penal Ambiental precisa socorrer-se de normas penais em branco, que integram o ordenamento jurídico e lhe dão suporte técnico. Por vezes, o Direito Penal Ambiental demanda remissões a outras regras do ordenamento jurídico, inclusive as normas secundárias, para complementar a compreensão da conduta punível, considerando a tecnicidade da temática envolvida no tipo penal que, em sua grande maioria, não são de domínio dos atores processuais (juízes, promotores, defensores) e dependem de aferição técnica (exemplos: níveis tais de poluição – art. 54 Lei. 9.605/1998; pescar em locais interditados pela autoridade competente – art.34 Lei 9.605/1988; - usar substância perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos – art.56 Lei 9605/1998).

Entretanto, há de se convir que esse recurso às normas penais em branco, conquanto essencial, não pode ser utilizado em excesso, sob pena de inviabilizar a compreensão do conteúdo proibitivo pelos destinatários das normas. Se, no Direito brasileiro, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”⁶ (BRASIL,1942), para ser factível essa exigibilidade, as normas devem ser claras, precisas, compreensíveis em sua inteireza pelos destinatários. Vale lembrar que o princípio da legalidade é fundamento do Estado de Direito e as normas penais são limites ao poder de punir do Estado e garantia incontestada da liberdade dos cidadãos.

⁶ Redação do art. 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

O recurso à integração da norma penal por outros sistemas, além de questionável no que pertine ao respeito em relação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, pode, também, destacar o pernicioso caráter simbólico da legislação penal ambiental. Isso porque, em que pese a previsão típica, em tese, da conduta proibida, é possível inexistir efetiva compreensão por parte de aplicadores e destinatários, o que poderá redundar na ausência de sua aplicação prática – seja em razão dos institutos do erro de tipo e erro de proibição, verificáveis diante do caso concreto; seja pela burocrática aferição de conduta punível pela autoridade fiscalizadora (que pode inviabilizar a devida apuração probatória).

Apesar de cientes e concordes da necessidade, em matéria penal ambiental, do recurso à norma penal em branco, critica-se a técnica legislativa (ou sua ausência, no caso) na Lei n.º 9.605/1988, que é repleta de tipos penais com conteúdo de norma penal em branco, excesso este criticável por dificultar o juízo de tipicidade.

A Lei n.º 9.605/1998 faz ainda clara opção por crimes de perigo abstrato, punição *ex ante* que se fundamenta no princípio da precaução. “O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado naturalístico” (BOTTINI, 2013, p. 87).

Ao contrário dos crimes de dano ou de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato não prescrevem no tipo incriminador efeitos exteriores à conduta, ou seja, basta a prática do comportamento proibido pela norma, independentemente da geração de resultado, sem qualquer situação concreta de exposição ou ameaça de lesão ao bem jurídico.

É o que ocorre, por exemplo, com o delito do art.51 da Lei n.º 9.605/1998, que pune a mera conduta de comercializar motosserra sem licença ou registro da autoridade competente. Não se consegue vislumbrar nenhum perigo concreto nesta previsão típica para o bem jurídico-penal protegido: a flora.

A técnica legislativa dos crimes de perigo abstrato tem sido largamente adotada no contexto da sociedade de risco, como forma de gerenciar novos riscos e perigos. A contemporânea expansão do Direito Penal está intimamente ligada ao recurso desta técnica, sendo crimes de perigo abstrato o próprio elemento estruturador do Direito Penal do risco.

O foco do Direito Penal do risco está no controle de condutas, com a finalidade de evitar situações que gerem perigos, o que se aproxima de uma política de gerenciamento de risco, o que leva a questionar se este é o papel do Direito Penal. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini:

Não interessa ao gestor de risco atuar após a ocorrência da lesão, mas antecipar-se a ela, diante da magnitude dos danos possíveis. Nestas circunstâncias, a norma penal surge como elemento de antecipação da tutela, sob uma perspectiva que acentua o papel preventivo do direito. Para isso, o tipo penal deve estar dirigido à conduta e não ao resultado. A atividade, em si, passa a ser o núcleo do injusto. A insegurança que acompanha estas condutas e a extensão da ameaça levam o legislador a optar pela norma de prevenção, por meio de descrições típicas que não reconheçam o resultado como elemento integrante do injusto, ou seja, pelos tipos penais de perigo abstrato (BOTTINI, 2013, p. 92).

Os crimes de perigo abstrato possibilitam incriminação de condutas que se fundamentam no princípio da precaução, haja vista que prescindem a previsão de nexos causais derivados da conduta, ou seja, dispensam a prova do nexo de causalidade entre a conduta do sujeito com o advento de lesões ou perigos concretos.

Os crimes de perigo concreto também são uma forma de antecipação do resultado; pune-se pelo desvalor da ação, sob a perspectiva de desvalor do resultado possível. Entretanto, diferenciam os crimes de perigo abstrato dos crimes de perigo concreto quanto ao momento de análise da periculosidade: enquanto no perigo concreto a análise da periculosidade é *ex post*, no perigo abstrato esta análise é *ex ante*, “através de um prognóstico de quem se coloca no lugar do autor, no instante da prática do ato” (BOTTINI, 2013, p.115).

Assim, os crimes de perigo abstrato inviabilizam a defesa da ausência de lesividade da ação, porque esta é presumida de modo absoluto pela lei, presunção *iuris et de iure*. Basta a prova da conduta para o sancionamento penal. A lei penal, através dos crimes de perigo abstrato, pune atos de desobediência e, ao se fazer prognóstico aceitando a mera previsão abstrata de perigo, admite-se o sancionamento penal de conduta, que não chega a produzir efetivo dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido.

De acordo com Luiz Regis Prado:

Do ponto de vista científico, o simples perigo para o bem jurídico no delito de perigo concreto deve ser incluído no conceito de resultado. A partir dessa consideração, só são delitos de perigo – de resultado de perigo – os delitos de perigo concreto. Já no segundo – delito de perigo abstrato -, o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva. Mas, aqui, o perigo não aparece como elemento do tipo objetivo, e o delito se consuma mesmo que no caso concreto não se tenha verificado nenhum perigo para o bem jurídico tutelado, bastando a simples comprovação de uma atividade finalística perigosa. Nessa espécie delitiva, “o legislador se conforma com a adequação da ação para lesionar um bem jurídico ainda incerto, tanto que não se exige seu contato com a ação do autor, nem sequer sua presença concreta no raio de sua ação” (PRADO, 2012, p. 127).

Desse modo, dada a complexidade de se verificar a relação causa e efeito entre uma conduta ou atividade humana, e seu efeito para o meio ambiente, antecipa-se a atuação do

Direito Penal, com punição da mera conduta, independentemente de seu efeito para o bem jurídico tutelado.

A grande maioria dos tipos penais ambientais são crimes de perigo abstrato, o que “representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade” (BOTTINI, 2013, p.98). Critica-se, portanto, a utilização do Direito Penal, pela Lei n.º 9.605/1998, para fins de precaução, através dos crimes de perigo abstrato.

Há ainda uma crítica relacionada à sobreposição do sancionamento penal e administrativo no campo ambiental. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo é especialmente intensa na seara ambiental, notadamente no que pertine ao regime sancionatório. Como já exposto no capítulo anterior, não se constata diferença ontológica entre crime e infração administrativa, derivando ambos do unitário *ius puniendi* estatal.

Na realidade brasileira, para além do sancionamento penal estabelecido pela Lei n.º 9.605/1998, tem-se as infrações administrativas, como as previstas pelo Decreto n.º 6.514/2008. Destaca-se, na seara sancionatória ambiental, que a grande maioria dos tipos penais possui redação idêntica às infrações administrativas, o que é fonte de várias críticas sobre o modo pelo qual o Direito Penal vem sendo utilizado para tutela do meio ambiente.

É certo que, no Brasil, adota-se a independência das instâncias — possibilidade de responsabilização nas searas administrativa, civil e penal —, o que, inclusive, é reforçado ante a previsão do §3º do art. 225 da Constituição Federal. Tal independência das instâncias, num primeiro momento, afastaria a eventual alegação de violação ao princípio *non bis in idem*.

Entretanto, questiona-se se a idêntica previsão legislativa dos conteúdos dos tipos penais e infrações administrativas, em que se considera o respeito formal à vedação de *bis in idem* — posto que estabelecido por distintas instâncias do ordenamento jurídico —, não violaria materialmente o princípio *non bis in idem*, dada a identidade de fato, sujeito e fundamento do *ius puniendi*.

Luiz Regis Prado (2012, p. 95) destaca que não há, em princípio, óbice à concomitância de infrações administrativas e penais na proteção do meio ambiente, considerando que o Direito Penal deve, inclusive, agir nas hipóteses de lesões mais graves. Entretanto, “o problema nodal surge quando os ilícitos penais e administrativos incidem sobre o mesmo fato, praticado pelo agente, e cujas consequências jurídicas têm idêntico fundamento.”

Não é apenas no âmbito da proteção ambiental que se constata concorrência de crimes e infrações administrativas para a proteção do mesmo bem jurídico, tal se dá, por exemplo, em relação ao trânsito de veículos, com a previsão de infrações administrativas de trânsito, e crimes estabelecidos pelo Código de Trânsito Brasileiro. Contudo, é na seara ambiental que se verifica expressiva identidade nos tipos sancionadores criminais e administrativos.

Para ilustrar a argumentação, pode-se constatar que os crimes contra a fauna, previstos na Seção I, do Capítulo V da Lei n.º 9.605/1998, têm o mesmo conteúdo e previsão típica que as infrações administrativas contra a fauna, previstas no Decreto n.º 6.514/2008.

As infrações administrativas previstas no art. 24, *caput*, §3º, I, II e III; no art.25; no art. 26; no art.29; no art.34, *caput*; art.36; no art. 39, *caput*, e parágrafo único, II; e no art. 62, todos do Decreto n.º 6.514/2008, possuem o mesmo conteúdo material dos crimes previstos no art. 29, *caput*, §1º, I, II, III; no art.30; no art. 31; no art.32; no art. 33, *caput*, e parágrafo único, I, II e III; no art. 34, *caput*, e parágrafo único, I, II e III; e no art. 35, I e II, da Lei n.º 9.605/1998.

A título exemplificativo, transcreve-se o tipo infracional administrativo do art.24, *caput*, §3º, I, II e III do Decreto n.º 6.514/2008 e o art. 29, *caput*, §1º, I, II, III da Lei n.º 9.605/1998:

Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, 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:

Multa de:

I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção;

II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES.

[...]

§ 3º Incorre nas mesmas multas:

I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; ou

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente ou em desacordo com a obtida (BRASIL, 2008).

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, 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:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

- I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;
- II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural;
- III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente (BRASIL, 1998).

“O princípio *non bis in idem* apresenta uma face material, conectada com o princípio da proporcionalidade, segundo a qual a aplicação de uma determinada sanção pela prática de certa infração esgota a reação punitiva” (CARVALHO; CARDOSO; SANTIAGO, 2013, p. 432). Nesta senda, desse princípio se extrai a proibição de duplo sancionamento pelo mesmo ramo jurídico, o que se pode chamar de acepção formal da vedação *non bis in idem*.

Já a acepção material da vedação ao duplo sancionamento de um mesmo fato — *non bis in idem* — vai além da compreensão quanto ao mesmo ramo do ordenamento jurídico, alcançando o próprio ordenamento jurídico como um todo; logo, o próprio poder de punir do Estado:

Porém, quando se concebe o ordenamento jurídico como uma unidade, tem-se que a reiteração do *ius puniendi* implica em inequívoco *bis in idem*. Com efeito, a pluralidade de sanções – penais e administrativas – aplicadas em virtude da prática de uma conduta tipificada simultaneamente como delito e infração administrativa é uma infração ao *non bis in idem* em sua vertente material (CARVALHO; CARDOSO; SANTIAGO, 2013, p. 458)

Entrementes, considerando que o *ius puniendi* estatal é unitário e, portanto, deriva do legislador a escolha entre o sancionamento penal ou administrativo, defende-se que não se respeita a vedação do duplo sancionamento, na acepção material, a imposição plural de sanções — penal e administrativa — se constatada a identidade de sujeito, fato e fundamento, sem qualquer *plus*, ou seja, sem que se indique maior gravidade no ilícito penal, para que justifique o acionamento da instância penal.

Na coincidência de previsões sancionadoras criminais e administrativas no Brasil, no campo ambiental, transparece a falta de critério do legislador para a utilização do Direito Penal como instrumento de tutela do meio ambiente, o que denota seu caráter simbólico. “Nesse sentido, imposição simultânea de uma pena e uma sanção administrativa a um mesmo sujeito, devido à prática de uma mesma infração, seria uma reação excessiva por parte do ordenamento jurídico, que importaria em violação ao princípio da proporcionalidade” (CARVALHO; CARDOSO; SANTIAGO, 2013, p. 438)

A diferença entre os sancionamentos não está no sujeito, nem na distinta gravidade, já que até o fato é o mesmo, mas apenas no caráter estigmatizante da sanção penal, até porque, em alguns casos, a sanção administrativa pode ser mais gravosa que a sanção criminal, como o valor das multas, que pode ser superior no âmbito administrativo em relação ao âmbito penal.

O que se defende não é a impossibilidade da tutela do meio ambiente realizar-se por distintos ramos do ordenamento jurídico, mas sim a efetiva aplicação do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, com seus corolários de subsidiariedade e fragmentariedade, para que o acionamento da seara Penal seja, de fato, necessário quando esgotadas as instâncias precedentes.

A identidade de previsão típica entre uma infração administrativa e um crime demonstra, de forma inequívoca, a utilização simbólica do Direito Penal, pois revela que, ou o Direito Penal tem sido acionado como mera retórica, mero reforço argumentativo, ou o Direito Administrativo Sancionador é excessivo e desproporcional. Segundo Alejandro Nieto Garcia:

[...] a duplicidade normativa sancionadora é consequência de uma incoerência ou falta de coordenação da legislação que agrava sem fundamento a posição do autor. E é cabalmente a regra do *non bis* a que permite bloquear a superposição de sanções considerada injusta, operando em definitivo como uma válvula de segurança ou mecanismo corretor de deficiências normativas (NIETO GARCIA, 2002, p. 442).

A constatação da identidade de conteúdo entre vários crimes e infrações administrativas na esfera ambiental denuncia a ausência de definição clara entre o papel do Direito Penal e do Administrativo Sancionador em nossa vigente legislação. Nesse sentido:

A ausência de uma delimitação precisa entre os domínios da jurisdição penal e da administrativa em seara ambiental contribui para que se fomente uma situação de grande insegurança no que concerne à admissibilidade e à legitimidade constitucional da imposição de dupla sanção pela realização de um mesmo fato. Em princípio, em face do texto constitucional (art. 225, §3º, CF) e da própria Lei 9.605/98, faculta-se a imposição cumulativa de penas e sanções administrativas “por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente” (CARVALHO; CARDOSO; SANTIAGO, 2013, p. 437).

A prescrição absolutamente idêntica da quase totalidade dos delitos ambientais e infrações administrativas ambientais delata a falta de racionalidade e critério na utilização do Direito Penal para a defesa do meio ambiente. Essa análise crítica, somada às demais

apresentadas, estimula a elaboração de juízo crítico propositivo, a fim de que, de fato, o Direito Penal possa cumprir seu papel na defesa do meio ambiente, respeitados seus limites.

5.4 O papel e os limites do Direito Penal na defesa do meio ambiente sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador como materialização do Direito de Intervenção

A responsabilização penal é um dos instrumentos da política de proteção do meio ambiente, mas, deve-se alertar, é o último dos instrumentos. Cornelius Prittwitz (2000, p.426) ao analisar o princípio da subsidiariedade do Direito Penal como a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, o problematiza como relacional, ao indagar “*Ultima ratio* em relación a que otras *rationes*?” De fato, afirmar que o Direito Penal é o último instrumento, significa dizer que existem instrumentos que o precedem.

O Direito Penal pode integrar uma política pública, desde que seja apenas uma das ferramentas, e aquela que somente opera em último caso, após esgotadas as instâncias precedentes. Desta forma, para uma efetiva política ambiental preventiva e repressiva, antes de acionar o Direito Penal, há que se reforçar o Direito Administrativo, especialmente em sua vertente sancionadora.

A multidisciplinariedade é característica do Direito Penal Ambiental. Trata-se de Direito Penal, portanto, possui estruturas e elementos específicos da dogmática penal e deles não se pode afastar, pois são garantias dos cidadãos e limites ao poder de punir do Estado. É, também, Direito Ambiental, logo, necessita ser dinâmico e capaz de se adaptar às constantes alterações de cenários decorrentes do contínuo desenvolvimento, que agrega novos riscos. Ao mesmo tempo, deve ter a premissa da sustentabilidade, proteger para garantir não só às gerações presentes as benesses do meio ambiente, mas também às gerações futuras. Afirma Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz:

O Direito Penal Ambiental é então um ramo bastante peculiar: finca um pé na dogmática penal, como não podia deixar de ser, sob pena de se construírem normas autoritárias e sem ligação com o Estado Democrático de Direito; mas finca outro pé na doutrina do Direito Ambiental e, nesta situação, deve também atender aos princípios jurídicos da proteção ambiental, delineados pela Constituição Federal e por leis de caráter geral, como a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981) (CRUZ, 2008, p. 149).

Há resistências doutrinárias à atuação do Direito Penal na proteção do meio ambiente, principalmente daqueles que, como os estudiosos da Escola da Frankfurt, consideram que esta é mais uma manifestação do movimento de expansão do Direito Penal.

De acordo com a referida concepção, o Direito Penal não possui o papel de defesa de interesses difusos, sob pena de se desnaturar e se afastar da dogmática clássica.

Dentre esses doutrinadores, destaca-se Winfried Hassemer, com quem compartilhamos as críticas, ideias e ideais, embora discorde em relação à defesa da necessidade de se criar um novo ramo do ordenamento jurídico para regular as demandas da sociedade de risco e promover a tutela dos bens jurídicos de titularidade difusa e coletiva, inserido o meio ambiente.

Defende-se que o Direito Administrativo, em sua vertente sancionadora, é ramo do ordenamento jurídico já posto e estabelecido, capaz de desempenhar, no Direito brasileiro, as funções do proposto Direito de Intervenção. Regras de imputação, apuração e procedimentos mais flexíveis, com efetiva fiscalização e imposição de sanções — das mais leves às mais graves restrições de direitos — desde que não privativas de liberdade, podem ser materializadas pelo Direito Administrativo Sancionador.

O Direito Penal é importante instrumento de prevenção, entretanto, é desnaturado quando utilizado para fins de precaução, sendo este um limite a se respeitar. Defende-se que o último e mais gravoso instrumento do Estado não pode ser utilizado para situações de perigo abstrato, sob a égide de um prognóstico que pode não se confirmar.

O Direito Penal é ferramenta de prevenção a lesões e perigos concretos de lesão. Perigos abstratos devem, sim, ser objetos de precaução e regulamentação pelo ordenamento jurídico, mas não através da seara penal. Não se admite a imposição da mais gravosa sanção estatal para uma possibilidade que pode não se verificar. Para tanto, o ramo adequado é o Administrativo Sancionador, ramo capaz de impor fiscalização e exigir efetivo respeito às normas de precaução, sem estigmatização e previsão de privação de liberdade.

Um problema a ser trabalhado é que, culturalmente no Brasil, tem-se a visão de que apenas a pena privativa de liberdade é medida que efetivamente pune o agente infrator. Existe a equivocada ideia de que somente através da prisão poderá o infrator “sentir” a retribuição pelo “mal causado” e evitar reincidência.

O conceito de que a via administrativa não é suficiente para lidar com proteção do meio ambiente parte, muitas vezes, da análise do Direito Administrativo que se tem hoje; entretanto, este ramo deve ser reestruturado e fortalecido para bem cumprir o papel que se lhe destina. Sendo o Direito Administrativo Sancionador a materialização do Direito de Intervenção, proposto por Hassemer, é possível descriminalizar determinadas condutas, como as previsões típicas dos crimes de perigo abstrato e delitos de menor potencial ofensivo — com foco nos crimes ambientais — sem que isso signifique arrefecimento da proteção do

meio ambiente pela ordem jurídica. Pelo contrário, a implementação da proposição desenvolvida é uma maneira de trazer efetividade e concretude material à tutela do meio ambiente, indo além do discurso e da retórica.

O que se constata ao analisar o atual cenário legislativo brasileiro é a sobreposição de previsão do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal. Infelizmente, o que se verifica na atualidade, quando há transferência de determinadas proibições do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador, é que esta não implica em descriminalização, mas a dupla previsão, situação esta que perpetua a hipertrofia do campo penal. Comprova-se este apontamento pela constatação de idêntica previsão típica de delitos e infrações administrativas ambientais:

[...] a existência de delitos ambientais e infrações administrativas idênticos, presentes em diplomas legislativos diferentes, não só pode implicar violação do princípio *ne bis in idem*, mas também acaba por reforçar a ideia de utilização meramente simbólica e negativa do Direito Penal em relação a determinadas condutas, que poderiam ser sancionadas, inclusive de forma mais eficaz, no âmbito administrativo, caso houvesse mecanismos eficientes de controle e fiscalização (PRADO, 2012, p. 98).

Entende-se que o poder sancionador do Estado é unitário, logo, não há distinção ontológica entre a punição penal e a administrativa, o que não significa dizer que os ramos jurídicos sancionadores — Penal e Administrativo Sancionador — não sejam distintos. Essencial à distinção entre os citados ramos é a análise do que Hassemer chama de “núcleo duro” do Direito Penal. Propõe-se que as ideias de Hassemer sejam aplicadas para delimitar as fronteiras entre esses ramos jurídicos, de modo que o “núcleo duro”, composto pelas lesões e perigos concretos mais graves, sejam da alçada do Direito Penal, enquanto a precaução e lesões ou ameaças mais leves sejam da competência do Direito Administrativo Sancionador.

No que pertine especificamente à seara ambiental, defende-se que será passível de acionamento penal a conduta que vulnerar o *equilíbrio ambiental*, porquanto o bem jurídico-penal é o *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, conforme estabelecido pelo texto constitucional brasileiro, no artigo 225 da Constituição Federal.

Desse modo, a precaução, prevenção e repressão de condutas que vulnerarem ou violem o meio ambiente, mas sem gerar desequilíbrio ambiental, serão da ordem do Direito Administrativo Sancionador. Contudo, será de dignidade penal, apto a acionar o ramo de *ultima ratio*, a prevenção e repressão de condutas que atinjam o equilíbrio ambiental.

Este posicionamento não se resume à defesa do meio ambiente por sua utilidade imediata ao ser humano, afastando-se a visão antropocêntrica pura. Afinal, o bem jurídico-

penal tutelado não deve se ater somente ao interesse humano utilitarista, mas ao equilíbrio ou desequilíbrio ambiental, que se caracteriza pelo reflexo, ainda que indireto, na vida humana digna, na dimensão socioambiental, aproximando-se, portanto, da concepção antropocêntrica moderada ou protecionista.

Para exemplificar, aventa-se como possível a criminalização da conduta de um grande derramamento (suponha-se que doloso) de petróleo em mar territorial brasileiro, que venha a provocar uma grande mortandade de peixes, apesar de não gerar prejuízos às praias ou à saúde humana, diretamente. Entretanto, para a legítima atuação do Direito Penal, há que se verificar na citada conduta reflexos, ainda que indiretos, na dimensão socioambiental, ou seja, na relação vida humana digna e meio ambiente equilibrado. Assim, se a grande mortandade implicar em extinção ou ameaça de extinção a determinada(s) espécie(s) de peixes, o interesse humano é reflexamente atingido, seja pela potencialidade de alimentação, pela biodiversidade genética ou pela mera contemplação pelas gerações presentes ou futuras.

Por outro lado, na hipótese de não se resultar em desequilíbrio ecológico, em que pese a (grande) mortandade, ter-se-ia um indiferente penal, mas não um indiferente ambiental. O que significa dizer, a ausência de afetação do bem jurídico-penal *meio ambiente ecologicamente equilibrado* não ensejaria atuação do Direito Penal, mas de outros ramos do ordenamento jurídico, como o Administrativo Sancionador, para repreender a conduta e prevenir reincidência.

Importante destacar que o caso concreto é que dará balizas necessárias para a análise de vulneração ou ameaça ao equilíbrio ecológico. O Direito Penal somente será *ultima ratio* se, de fato, existir ramo forte no papel de *prima ratio*. Sob o viés sancionatório, já se deixou assente que a *prima ratio* deve ser desenvolvida pelo Direito Administrativo; contudo, não se pode limitar a proteção do meio ambiente à repressão.

A verdadeira proteção do meio ambiente se dará através de uma efetiva política pública que conjugue medidas de prevenção e precaução, educação ambiental com conscientização da população, fiscalização e repressão, quando necessário, e na justa medida. Defende-se a necessidade de reestruturação não só dos sistemas normativos mas, principalmente, dos sistemas institucionais para efetiva aplicação das normas estabelecidas. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini:

A concretização da subsidiariedade exige que o Estado lance mão de recursos necessários para uma adequada política cultural e social de proteção de bens jurídicos e estructure os mecanismos sancionatórios não criminais, sob pena de

transformar-se o direito penal em instrumento de escape para a ineficácia de outras funções públicas que garantam a estabilidade social (BOTTINI, 2013, p. 157-158).

Não se pode confundir sistemas normativos com sistemas institucionais. Por vezes, verifica-se que se refutam teses normativas, com base na desestrutura do sistema institucional para sua aplicação. É verdade que crises institucionais geram crises jurídicas, haja vista que, à primeira vista, o diagnóstico pode indicar que a legislação seja inadequada. Corre-se o risco, assim, de críticas e ações rasas, notadamente de Direito Penal simbólico, afinal, mais fácil alterar a lei do que as estruturas institucionais.

Os discursos sedutores, que visam mais à satisfação dos eleitores do que ao compromisso com a eficácia, são maioria. A simplificação de demandas complexas, com discursos fáceis e de alto impacto popular, mas de pouca efetividade e carente de análise aprofundada, têm contribuído para a falência do sistema punitivo. Pune-se mal. Os grandes poluidores são pouco (quando o são) punidos. Os pequenos, tornam-se alvo fácil e acabam sendo os punidos, por vezes em questionável tipicidade material, proporcionalidade e razoabilidade. Contudo, são as pequenas (mas volumosas) punições que alimentam as estatísticas e servem para dar fôlego aos discursos políticos de mera retórica e das legislações simbólicas. Tão ruim quanto a impunidade, é a punição inadequada.

A impunidade não é um problema simplesmente legislativo, mas também — e em grande medida — de ineficiência (ou ausência) de gestão institucional — desde a elaboração até a execução de políticas públicas. Deficiências políticas e de gestão devem ser solucionadas de forma sistêmica, sem atribuir ao Direito Penal (e até mesmo ao Direito Administrativo Sancionador) as mazelas e a responsabilidade da tutela ambiental.

Correr-se o risco de se considerar que o ponto de vista defendido neste trabalho como sendo idealista e inviável sua aplicação prática. No entanto, para refutar tal consideração, cita-se o fenômeno do uso de cigarro que, guardadas as devidas proporções, demonstra bem a ideia ora defendida. Houve época em que o uso de cigarro era disseminado. A evolução científica trouxe à tona o conhecimento dos malefícios à saúde, causados pelo cigarro. Tivesse sido adotada a postura que se critica nesta dissertação, poderia o cigarro simplesmente ter sido incorporado à lista de substâncias proibidas — norma penal em branco —, fazendo-se a simples opção de tornar ilícito seu uso. Alguns aplaudiriam a medida, afinal teria virado crime a conduta maléfica e o Estado teria tomado uma (enérgica) providência a respeito. Contudo, restaria a indagação: a questão teria sido solucionada?

De modo muito mais eficiente, desenvolveu-se efetiva política pública de combate ao tabagismo, com ampla campanha de conscientização e educação da população, com tributação específica do cigarro. Não houve necessidade de acionamento de sistema punitivo, nem penal, nem administrativo em relação ao usuário. Alcançou-se o esperado resultado com a significativa queda de consumo de cigarros. A sociedade alterou seu hábito cultural em relação ao uso de cigarro, algo que não ocorreu em curto tempo, mas de modo efetivo.

A efetiva tutela do meio ambiente, que concilie o uso e exploração para o bem estar e desenvolvimento social, mas de forma sustentável, que garanta sua proteção também para as gerações futuras, demanda mudança de postura social, cultural, sem prescindir da regulamentação pelo ordenamento jurídico, cuja finalidade maior é a pacificação social. Demanda, portanto, além de reformas no sistema normativo, reforma nos sistemas institucionais.

De conformidade com a exposição desenvolvida, apesar de concordes com o diagnóstico e ideias de Hassemer, ousa-se divergir do marco teórico quanto à necessidade de criação de um novo ramo do Direito (o de Intervenção) para a aplicação desse método. O Direito Administrativo, em seu viés sancionador, em reforço de atuação, pode desenvolver o papel daquilo que Hassemer propõe e espera do Direito de Intervenção. As ferramentas já existem, apenas precisam ser efetivamente aprimoradas.

Compreende-se, ademais, que o Direito Penal também encerra um importante papel nesse cenário, notadamente quanto à tutela do meio ambiente, foco deste trabalho. Entrementes, para que o Direito Penal seja, de fato, útil e efetivo nesse papel, faz-se necessário respeitar seus limites, fundamentos e princípios, sem que isso possa significar que não seja capaz, ou não possa se adaptar e evoluir. Apenas deve, de fato, ser reservado como última e extrema medida à disposição do Estado na defesa dos interesses sociais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se alcançar o entendimento sobre o papel e limites do Direito Penal na tutela do meio ambiente fez-se necessária a análise sobre o movimento de expansão do Direito Penal, desde as últimas décadas do século XX, que coincidem com a afirmação do movimento de defesa do meio ambiente, quando o ser humano dimensiona repercussão da degradação ambiental nas condições existenciais das presentes e futuras gerações.

O modelo normativo do Direito Penal moderno, no contexto da sociedade de risco, com excessiva tipificação penal e ampliação das áreas de atuação, é caracterizado por uma legislação simbólica, o que tem afastado o ramo de *ultima ratio* da dogmática clássica.

Uma perigosa tendência da expansão do Direito Penal é convertê-lo em instrumento de pedagogia social, quando não se pune determinada conduta *em razão* de ela ser socialmente danosa, mas sim *a fim de que* ela se torne socialmente danosa.

Criticou-se, neste trabalho, a utilização do Direito Penal como panaceia à defesa ambiental, principalmente quando acionado de forma conturbada com o Administrativo Sancionador. Demonstrou-se que, no Brasil, a atual previsão legislativa repressora na seara ambiental — lei dos crimes ambientais e bem como decreto regulamentador das infrações administrativas — transparece a falta de critério do legislador na utilização do Direito Penal para a tutela do meio ambiente, considerando a grande coincidência entre as previsões típicas sancionadoras.

Essa sobreposição e identidade do Direito Penal e do Administrativo Sancionador brasileiro precisa ser refletida com seriedade no Direito brasileiro, questionando-se com franqueza se a punição do mesmo fato, imputado ao mesmo autor, sob o mesmo fundamento punitivo, sem qualquer gravame que justifique o acionamento do Direito Penal, não configura violação material à vedação do *bis in idem*.

Desenvolveu-se a análise da importância dos princípios da intervenção mínima do Direito Penal e da ofensividade, bem como da prevenção e da precaução, como estruturantes dos parâmetros e critérios para a construção dos contornos entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Trabalhou-se a proposta de Winfried Hassemer para conter a expansão do Direito Penal, aproximando-a do Direito Administrativo Sancionador, de tal modo, que se entende que este último pode concretizar, no Direito brasileiro, o Direito de Intervenção.

Deixou-se assente no trabalho desenvolvido que compartilhamos o diagnóstico e as críticas de Hassemer quanto ao modo pelo qual, atualmente, tem sido utilizado o Direito

Penal, notadamente para a defesa do meio ambiente. Contudo, afasta-se da conclusão do autor alemão quanto à necessidade de um novo ramo no ordenamento jurídico – o Direito de Intervenção.

Defendeu-se a hipótese de, no contexto brasileiro, ser o Direito Administrativo Sancionador a materialização do Direito de Intervenção, meio apto para a proteção de bem jurídicos coletivos e difusos — como o meio ambiente — com instrumentos e mecanismos mais flexíveis para prevenção, até mesmo sob o viés da precaução, quanto a riscos e ameaças.

Demonstrou-se que o Direito Administrativo Sancionador, sob a perspectiva proposta, possibilita descriminalizar determinadas condutas atualmente previstas crimes ambientais — especialmente os crimes de perigo abstrato e as proibições orientadas pela precaução — sem que isso signifique arrefecimento da proteção do meio ambiente pela ordem jurídica. Pelo contrário, a implementação da proposição desenvolvida é uma maneira de trazer efetividade à tutela do meio ambiente.

Evidenciou-se que não há diferenças ontológicas entre os crimes e infrações administrativas, posto que ambas as figuras derivam do único poder punitivo do Estado. Por essa razão, os princípios e fundamentos do Direito Penal são cruciais para nortear a formulação dos tipos, o que significa dizer, em última análise, que estabelecem os limites do acionamento e atuação do Direito Penal.

O Direito Penal, restrito às graves violações que afetam o *equilíbrio ecológico*, preserva o caráter subsidiário deste ramo, motivo pelo qual se defendeu que o bem jurídico-penal ambiental é o *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, como estabelecido pelo constituinte de 1988, no *caput* do art.225.

Condutas que ameacem ou lesem o meio ambiente, sem contudo gerar *desequilíbrio ambiental* serão um indiferente penal, mas não um indiferente ambiental. Em cumprimento ao mandato de criminalização, estabelecido pelo art. 225 da Constituição Federal brasileira de 1988, o Direito Penal tem sim o importante papel de defesa do *meio ambiente ecologicamente equilibrado* para as presentes e futuras gerações. Todas as demais condutas lesivas ao ambiente sujeitarão os infratores a sanções cíveis e administrativas, com ênfase ainda às medidas reparatórias.

Acredita-se que a hipótese desenvolvida é forma de fortalecer o Direito Administrativo Sancionador, de modo que este seja a *prima ratio* na repressão de condutas lesivas ao meio ambiente, ao mesmo tempo em que reserva o Direito Penal ao estritamente necessário, fortalecendo-o como instrumento extremo do Estado na tutela do *meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

Não apenas o Direito Administrativo Sancionador deve ser fortalecido, mas também outros ramos do ordenamento jurídico, como o Direito Civil e o Direito Tributário, mas além, e principalmente, mecanismos externos ao sistema jurídico. Essencial e primordial a educação ambiental em todos os seus níveis, assim como reformulação das estruturas institucionais, a fim de materializar a efetiva política pública de proteção ambiental.

Há que se dividir as responsabilidades e poderes em cada área e segmento, sem depositar todas as expectativas e encargos no Direito Penal, em especial quando possível alcançar os mesmos fins através de meios menos gravosos (e mais efetivos). Ao Direito Penal deve sempre competir a função última, sendo este seu papel, que ainda servirá de norte orientador dos limites a esta atuação.

É essencial se reconhecer que sem estruturação institucional e sem fortalecimento de outras searas jurídicas, o Direito Penal não é capaz de responder de forma legítima e eficiente à tutela do meio ambiente, daí os seus limites. Aliás, mostra-se contraproducente, uma vez que sua indevida utilização ofusca a percepção sobre a real origem do problema e as medidas adequadas e capazes de dar funcionalidade e resultados satisfatórios à proteção do ambiente às presentes e futuras gerações.

A modernização e desenvolvimento do Direito Penal são necessidades imprescindíveis, em razão da modernização e desenvolvimento da sociedade, logo, esta não é uma demanda exclusiva ao Direito Penal, mas ao sistema normativo como um todo e, enquanto não houver uma evolução sistêmica do ordenamento jurídico, apoiada por estruturação institucional e educação ambiental, a tutela do meio ambiente poderá ocorrer no plano formal, mas será materialmente ineficaz.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

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

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. Função Ambiental. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos (Coord.). **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. *In*: **Revista de Direito Ambiental**. RDA 14/48, p.41-91, abr./jun.1999.

BOFF, Leonardo. **Ecologia**: grito da terra, grito dos pobres. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto n.º 23.793**, de 23 de janeiro de 1934. Aprova o código florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm> Acesso em: 02 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto n.º 24.643**, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm> Acesso em: 02 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto n.º 73.030**, de 30 de outubro de 1973. Cria, no âmbito do Ministério do Interior, a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA, e da outras providências.

Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-73030-30-outubro-1973-421650-norma-pe.html>> Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 794**, de 19 de outubro de 1938. Aprova e baixa o Código de Pesca. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=23799>> Acesso em: 04 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 1.413**, de 14 de agosto de 1975. Dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=122915>> Acesso em: 28 set. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.894**, de 20 de outubro de 1934. Aprova e baixa o Código de Caça. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5894-20-outubro-1943-415862-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 4.771**, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm> Acesso em: 03 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 5.197**, de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm> Acesso em: 06 ago. 2101.

BRASIL. **Lei n.º 6.453**, de 17 de outubro de 1977. Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm> Acesso em: 03 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 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, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm> Acesso em: 03 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 01 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 11.105**, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 out. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.540/DF**, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/09/2005.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução do Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARDOSO, Sônia Letícia de Mello; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruan. Duplicidade de sanções ambientais e o princípio *non bis in idem*. In: **Pensar**, Fortaleza, v.18, n.2, p.431-469, mai./ago. 2013.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2008.

CIPRIANI, Mário Luís Lírio. Ensaio sobre a legitimidade da intervenção do direito penal e a função da pena no direito penal ecológico à luz do bem jurídico. *In: Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n. 2, p.330-340, jul./dez. 2007.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio Ambiente como direito à vida**: Brasil, Portugal, Espanha. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur Rezende. O bem sob a ótica do direito ambiental e do direito civil: uma dicotomia irreconciliável?. *In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 1, nº 8, p.4599-4630, 2012.

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

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. (Coord.) **Direito penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT, 2006.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente. *In: Revista de Direito e Economia*, Ano IV, n. 1, Coimbra: Coimbra Editora, jan./jun., 1978, p. 3-23.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal na “sociedade de risco”**. Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 155-185.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O papel do direito penal na protecção das gerações futuras. *In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* – volume comemorativo do 75º Volume, Coimbra, 2003, p. 21-34.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, v. 17, n. 4, p.547-599, out./dez. 2007.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre a "administrativização" do direito penal na "sociedade do risco". Notas sobre a política criminal no início do século XXI. *In: Revista Liberdades*. São Paulo, n. 7, p.23-61, maio/ago. 2011.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica: a árvore, o animal e o homem**. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Diefel, 2009.

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

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. O “Princípio” da Precaução e a Necessidade de se Prevenir e Evitar Situações que se Mostrem Efetivamente Aptas à Causação do Dano Ambiental em Face do Direito Ambiental Constitucional Brasileiro. *In: Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo: Fiuza, ano 7, n.28, p.33-38, out./dez. 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FLORES, MANUELA. Responsabilidade civil ambiental em Portugal: legislação e jurisprudência. *In: Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, p.7-24,1996.

FREITAS, Vladimir Passos; FREITAS, Gilberto Passos. **Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 12.651/2012 e a MP 571/2012**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FUKUYAMA, Francis. **A grande ruptura: a natureza humana e a reconstituição da ordem social**. Tradução de Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *In: Revista de Concorrência e Regulação*. Coimbra, ano II, n. 7-8, p.349- 373, jul./dez. 2012.

HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 2, n. 6, p.36-71, abr./jun. 1994.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 2, n. 8, p.41-51, out./dez. 1994.

HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 6, n. 22, p.27-35, abr./jun. 1998.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Safe, 2005.

HASSEMER, Winfried. Limites da intervenção penal em tempos de terrorismo. **Lusíada Direito**, n. 4-5, p. 189-200, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Tradução de Adriana Beckman Meirelles ... [et al]. Porto Alegre: Safe, 2008.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na Dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. *In: Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, v. 1, n. 1, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/44239>>. Acesso em: 29 Jun. 2014.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. *In: Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 8, n. 31, p.136-156, jul./set. 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1958, v.1, tomo II.

IENNACO, Rodrigo. **Bem jurídico e perigo abstrato**: um desenho hermenêutico da ofensividade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

KISS, Alexandre. Os Direitos e Interesses das Gerações Futuras e o Princípio da Precaução. *In*: In VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, cap.1, p.1-12.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos**: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; MAIA, Mário Henrique Goulart. **O poder administrativo sancionador**: origem e controle jurídico. Ribeirão Preto, Migalhas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceitos e legitimação para agir. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Roberto. **Meio ambiente urbano**. 2ªed, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **O princípio da legalidade e sua atuação no direito penal brasileiro**: o protagonismo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto à delimitação do alcance dos tipos penais. 2012, 240 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

MATEO, Ramón Martín. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Trivium, 1991, vol.I.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica. *In*: **Revista de Direito Ambiental**, ano V, nº 36, out.-dez./2004, p. 9-42.

MILARÉ, Édís; COSTA JR., Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. *In: Temas de Direito Processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental sistematizado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NIETO GARCIA, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2012.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Hassemer e o Direito Penal Brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração de Estocolmo**. Declaração sobre o ambiente humano. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=243>> Acesso em: 28 set. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Pulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal alemán: fragmentario, subsidiario, ultima ratio? : reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. *In: LA insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p.427-446.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; BALEEIRO NETO, Diógenes. Medidas despenalizadoras e proteção penal do ambiente. *In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; FIORILLO; Celso Antônio Pacheco; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato (Org.). Direito Ambiental II*. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 442-462.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CASTRO, Paulo Antônio Grahl Monteiro de. Reparação do dano nos crimes ambientais: terceira via como excesso de permissividade ou avanço rumo a um direito penal de intervenção mínima? *In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; SOUZA, Cláudio Macedo de (Org.). Direito Penal, processo penal e Constituição*. Florianópolis: Conpedi, 2014, p. 71-94.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; FREITAS, Flávio Avellar Silva. 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 n. 9605/98 e o princípio constitucional da ofensividade. *In: Temas essenciais em direito ambiental: um diálogo internacional*. COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 243-277.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire. A Sociedade de Risco, a clonagem do embrião humano e o direito penal: necessidade de revisão do art. 26 da Lei n. 11105/05?. *In: Mônica Neves Aguiar da Silva; Wilson Engelmann. (Org.). Biodireito*. Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 73-90.

ROBERTI, Maura. **A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do Direito Penal na defesa do meio ambiente. *In: Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 16, n. 61, p.77-107, jan./mar.2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

SILVA, Rodrigo Zouain da. Os desafios do direito ambiental no limiar do século XXI diante da ineficácia do sistema jurídico ambiental brasileiro. *In: Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.9, n.18, p.57-87, jul./dez. 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª ed. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. O meio ambiente como direito difuso e a sua proteção como exercício de cidadania. *In: Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.13, n. 25, p.22-38, jan./jun.2010.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental no contexto da sociedade de risco**. Salvador: JusPodivm, 2014.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

WAINER, Ann Helen. Legislação Ambiental Brasileira. **Revista de Direito Ambiental**. RDA 0/158, p.705-721, jan./dez.1996.