

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

Rodrigo Teixeira Antuña

**A (I)LEGITIMIDADE DO TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO
COMO MEIO DE PROTEÇÃO DE MEDIDAS DE PREVENÇÃO NO
ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2014

Rodrigo Teixeira Antuña

**A (I)LEGITIMIDADE DO TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO
COMO MEIO DE PROTEÇÃO DE MEDIDAS DE PREVENÇÃO NO
ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**

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

ANTUÑA, Rodrigo Teixeira.

A627i

A (i)legitimidade do tipo penal de perigo abstrato como meio de proteção de medidas de prevenção no âmbito do Direito ambiental brasileiro / Rodrigo Teixeira Antuña – 2014. 137 f.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Gustavo G. Ribeiro

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

Referências: f. 132 - 137.

1. Direito penal ambiental 2. Sociedade de risco
- 3 Tipos penais. I. Título

CDU 349.6(043.3)

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Rodrigo Teixeira Antuña

**A (I)LEGITIMIDADE DO TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO
COMO MEIO DE PROTEÇÃO DE MEDIDAS DE PREVENÇÃO NO
ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**

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.

Aprovado em: __/__/2014

Orientador: Prof. Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Professor Membro: Prof. Doutora Beatriz Souza Costa

Professor Membro: Prof. Doutor José Arthur Di Spirito Kalil

Professor Suplente: Prof. Doutor Élcio Nacur Rezende

Nota: ____

Belo Horizonte

2014

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais Ismael e Denise pelos constantes incentivos, apoio incondicional e exemplos de como viver a vida.

Aos meus demais familiares, pelo ambiente harmônico no qual convivo.

À minha namorada Marina, pelo carinho, companheirismo e compreensão durante essa longa jornada.

Ao meu grande amigo Áquila Filizzola, colega de profissão e responsável pelo fortalecimento da ideia de realização do Mestrado.

Agradeço a minha amiga Denise Maldonado pelo apoio imprescindível para a conclusão desta dissertação.

Ao Departamento de Polícia Federal, por me oferecer essa oportunidade de crescimento profissional, especialmente nas pessoas dos meus amigos Marinho e Marcílio Manfré, sem os quais o caminho trilhado seria muito mais difícil.

Agradeço ao professor Jose Arthur, pelo grande interesse em fazer parte da banca examinadora, presença que irá engrandecer este trabalho.

Agradeço, também, à Professora Beatriz Souza Costa, por ter aceitado o convite de fazer parte desta banca, mesmo diante de tantas atribuições, bem como pelas constantes palavras de incentivo a todos os alunos durante o curso do Mestrado.

Agradeço, por fim, à Escola Superior Dom Helder Câmara, pela chance dada de aperfeiçoamento do meu desenvolvimento intelectual, especialmente na pessoa do Professor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, a quem agradeço profundamente pelo constante estímulo à reflexão, e pela extrema dedicação, simplicidade, presteza e seriedade na orientação desta dissertação.

Quando se consente em trocar a liberdade por uma acenada segurança, perde-se a liberdade, não se conquista a segurança e acaba-se por trocar a democracia pelo totalitarismo.

Maria Lúcia Karam (2009, p. 9)

RESUMO

Esta dissertação possui como objetivo discutir a legitimidade da utilização dos crimes de perigo abstrato como forma de proteção das medidas de prevenção previstas na legislação ambiental brasileira, principalmente na Lei nº 9.605/98. Inicialmente, são levantados os motivos que levaram a uma expansão do Direito Penal na sociedade atual, também denominada sociedade de risco global. Posteriormente, são apontadas diversas correntes doutrinárias a respeito da definição de bem jurídico e a sua necessária vinculação com interesses da pessoa humana para justificar a intervenção do Direito Penal, bem como são ressaltados, como de fundamental observância para que os tipos penais de perigo abstrato sejam dotados de legitimidade, os principais princípios garantidores do Direito Penal. Diversas correntes favoráveis ou não ao uso dos referidos tipos penais são discutidas e são indicados os critérios justificadores para que os crimes de perigo abstrato possam ser entendidos como uma maneira de proteção de medidas de prevenção. Por derradeiro, são realizadas justificativas para a não aceitação de um Direito Penal da precaução no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Conclui-se pela legitimidade do uso dos crimes de perigo abstrato desde que haja ofensividade na conduta, baseada na sua periculosidade, por meio de uma análise anterior, que leve em conta os especiais conhecimentos do autor sobre a situação fática e o contexto no qual ela ocorre, bem como os conhecimentos gerais científicos que atestem o potencial perigo da conduta ou do seu objeto material.

Palavras-chave: Direito Penal Ambiental. Sociedade de risco global. Legitimidade do uso de tipos penais de perigo abstrato como forma de proteção de medidas de prevenção.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is discussing the legitimacy of using crimes of abstract danger as a way of protecting the prevention measures foreseen in the Brazilian environmental legislation, mainly regarding the 9.605/98 Law. Firstly, the reasons that led to an expansion of the Criminal Law in our current society, also named global risk society are raised. Further, several doctrinal currents are pointed concerning the definition of legal asset and its necessary connection with the interests of the individual in order to justify the intervention of Criminal Law as well as the main guarantor principles of Criminal Law are emphasized as being of fundamental observance in order to provide legitimacy to the criminal types of abstract danger. Several favorable or unfavorable currents to the use of these criminal types are discussed and justified criteria are pointed out in order to make understandable the crimes of abstract danger as a way of protecting prevention measures. Finally, reasons are made in order to a non-acceptance of a Criminal Law of precaution under a Democratic State of Law. It concludes the legitimacy of the use of abstract danger crimes since there offensiveness in behavior, based on its risk through a previous analysis that takes into account the special knowledge of the author about the factual situation and the context in which it occurs as well as the general scientific knowledge attesting to the potential danger of your conduct or material object.

Keywords: Criminal Environmental Law. Global Risk Society. Legitimacy of the use of criminal types of abstract danger as a way of protecting prevention measures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	13
2.1 O Direito Penal no Estado Democrático de Direito.....	18
2.2 Sociedade de risco.....	23
2.2.1 <i>Risco e perigo.....</i>	<i>31</i>
2.2.2 <i>Possibilidade e probabilidade.....</i>	<i>34</i>
3 BEM JURÍDICO.....	41
3.1 O bem jurídico ambiente.....	45
3.2 A intervenção do Direito Penal.....	51
3.2.1 <i>A concepção crítica de bem jurídico de Claus Roxin e o conceito pessoal de bem jurídico de Winfried Hassemer.....</i>	<i>56</i>
3.2.2 <i>O Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs.....</i>	<i>60</i>
4 O PODER DE PUNIR ESTATAL E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LESIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.....	64
4.1 Princípio da Legalidade.....	64
4.1.1 <i>Evolução histórica.....</i>	<i>66</i>
4.1.2 <i>Características.....</i>	<i>69</i>
4.1.3 <i>Princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.....</i>	<i>73</i>
4.2 Princípios da lesividade ou da ofensividade.....	76
4.2.1 <i>Conceito.....</i>	<i>76</i>
4.2.2 <i>Lesividade e Direito Penal.....</i>	<i>78</i>
4.3 Princípio da proporcionalidade.....	80
5 CRIMES DE LESÃO E CRIMES DE PERIGO.....	84
5.1 Conceito.....	84
5.2 Crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.....	86

6 DA PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO MEIO-AMBIENTE NO BRASIL.....	102
6.1 Lei nº 9.605/98 e alguns crimes ambientais de perigo abstrato.....	103
6.2 Estrutura material dos crimes de perigo abstrato.....	107
7 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A LEGITIMIDADE/ILEGITIMIDADE DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO.....	117
7.1 Reflexões críticas sobre a legitimação do Direito Penal da precaução.....	122
8 CONCLUSÃO.....	129
REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual convive com o surgimento de inúmeros avanços tecnológicos sem precedentes na história na humanidade. Isso repercute diretamente no incremento do bem-estar individual, mas também possui resultados negativos, como o aparecimento de novos riscos decorrentes das decisões tomadas por outros concidadãos, no manejo dessas novas tecnologias.

A utilização dos novos meios técnicos, a comercialização de produtos e substâncias cujos possíveis efeitos deletérios são ainda desconhecidos, os avanços na biologia, na genética, na energia nuclear, etc., introduzem um fator de incerteza na vida social atual, fazendo surgir uma sensação geral de insegurança.

Dentre os vários riscos resultantes dos novos conhecimentos, assumem especial importância os riscos de danos ao meio ambiente, como os de aquecimento global, efeito estufa, extinção de espécies animais e vegetais, danos nucleares, etc., que possuem consequências incertas para o futuro da vida na Terra e também para as presentes gerações.

Diante de tais situações e sensações, há uma crescente demanda social por uma maior segurança a ser fornecida pelo Estado, mormente por meio do Direito Penal.

Entretanto, não se deve esquecer que tal ramo do Direito, inserido em um Estado Democrático e Social de Direito, é regido por garantias clássicas voltadas para a proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal, não devendo ser tomado como sinônimo de garantia à segurança pública e combate à criminalidade, visão essa ainda dominante por grande parcela da população e de estudiosos do assunto.

O Direito Penal deve tutelar bens jurídicos alçados como interesses vitais para o indivíduo e para a coletividade, com suporte constitucional, e deve ser guiado pelos princípios, entre outros, da legalidade, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e, principalmente, pelo princípio da ofensividade.

Dando ênfase à necessidade de proteção ambiental, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, previu que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de garanti-lo. Da mesma maneira, foram editados vários diplomas infraconstitucionais com o mesmo objetivo, com destaque para a Lei nº 9.605/98, que definiu diversos crimes ambientais e suas penas.

A referida “Lei dos Crimes Ambientais” chama a atenção pelo fato de se afastar sobremaneira dos citados institutos clássicos do Direito Penal Clássico, mormente pelo uso indiscriminado da técnica de crimes de perigo abstrato.

O Direito Penal sofre, assim, na atualidade, uma hipertrofia em sua atuação, uma expansão sem limites, em que as garantias clássicas do Estado de Direito são taxadas de rígidas e inflexíveis, resultando na sua utilização como primeira razão na tutela de bens jurídicos, conferindo uma falsa sensação imediata de segurança à sociedade, com efeitos mais simbólicos do que concretos.

Os crimes de perigo abstrato constituem técnica de construção legislativa usada pelo Direito Penal para o enfrentamento dos novos riscos. Por meio de tais normas, há uma antecipação da tutela penal, acentuando o papel de precaução do referido ramo jurídico, com ênfase na conduta do agente, e não no resultado advindo da sua ação ou omissão. Dessa forma, os delitos de perigo abstrato são utilizados para a atenuação de riscos advindos de atividades de alto potencial lesivo, nas hipóteses de difícil comprovação de causalidade entre a ação e o resultado, para a proteção de bens de caráter coletivo e para a contenção de riscos interacionais. Por meio de tais tipificações, a transgressão da norma, por si só, é sinônimo de um evento lesivo.

Entretanto, o uso dessa técnica faz surgir inúmeros questionamentos acerca de sua legitimidade e constitucionalidade em face dos princípios e das garantias penais clássicas, oriundas do período do Iluminismo.

Nesse ponto está o marco referencial da presente dissertação, vale dizer, a definição de quais são os limites e critérios necessários para que as normas penais de perigo abstrato possam ser consideradas legítimas como meio de proteção dos bens jurídicos ambientais.

Dessa forma, o presente trabalho foi dividido em sete capítulos, a saber: expansão do Direito Penal; bem jurídico; o poder de punir estatal e os princípios da legalidade, da lesividade e da proporcionalidade; crimes de lesão e crimes de perigo; proteção jurídico-penal do meio-ambiente no Brasil e o princípio da precaução e, por fim, a legitimidade/ilegitimidade dos delitos de perigo abstrato.

O segundo capítulo pretende demonstrar os motivos pelos quais ocorreu uma expansão demasiada do Direito Penal, mormente em decorrência da sociedade denominada “sociedade de risco”, em que são levantados os problemas decorrentes do progresso industrial e os riscos e perigos dele resultantes. Busca-se definir o papel do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, no sentido de que somente bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade podem ser objeto da tutela penal, em estrita observância ao princípio da ofensividade, além de haver uma abordagem de questões ligadas à relação entre o homem e a natureza.

No terceiro capítulo, são realizados estudos para a caracterização do bem jurídico e a sua necessária vinculação a interesses da pessoa humana, mesmo que de forma mediata. São descritos diversos posicionamentos doutrinários a respeito do tema, com ênfase nos ensinamentos dos pensadores Claus Roxin, Winfried Hassemer e Günther Jakobs, com o objetivo de fornecer uma base conceitual para o restante do presente trabalho.

O capítulo quatro, por sua vez, versa sobre os mais importantes princípios garantidores do Direito Penal, como o princípio da legalidade, o da fragmentariedade, o da intervenção mínima, o da proporcionalidade e o da lesividade, entendidos como formas de proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal. Ganha relevo o último citado princípio, como fator de balizamento da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, no sentido de somente serem considerados aptos caso ostentem um desvalor material, uma periculosidade para os bens jurídicos protegidos.

O quinto capítulo discorre especificamente sobre os crimes de lesão e de perigo, mormente os crimes de perigo abstrato. São elencados os principais motivos para a sua proliferação no ordenamento jurídico e são realizadas críticas aos principais modelos propostos em relação à atuação do Direito Penal como forma de controle social de riscos. São feitas, portanto, considerações a respeito dos ensinamentos de Winfried Hassemer, Claus Roxin, Günther Jakobs, Jesús-María Silva Sánchez e Fabio Roberto D'Avila.

Já o sexto capítulo discorre sobre a proteção jurídico-penal do meio ambiente no Brasil, especificamente pela Lei nº 9.605/98. Alguns artigos da referida lei são analisados sob a ótica dos modelos criticados no capítulo anterior, bem como é feita uma análise crítica da estrutura material dos crimes de perigo abstrato, com foco na definição de critérios para a aferição da periculosidade da conduta, única maneira de conferir legitimidade aos referidos tipos penais. Possui como orientação principal o livro “Crimes de perigo abstrato”, de Pierpaolo Cruz Bottini (2010).

Por fim, o capítulo sétimo realiza uma análise crítica da possibilidade de o princípio da precaução ser utilizado como base para a definição dos crimes de perigo abstrato voltados à proteção ambiental, enfocando os diversos aspectos que culminam na ilegitimidade da aplicação do Direito Penal da precaução. É destacada a importância de uma visão material dos crimes de perigo abstrato, por meio de critérios objetivos, ontológicos e nomológicos, que atestem a periculosidade da conduta, com a dupla função de, ao mesmo tempo, conferir legitimidade aos referidos tipos penais e limitar sobremaneira a incidência de tais normas, circunscrevendo, assim, a aplicação do Direito Penal a situações comprovadamente tidas como perigosas no caso concreto, em uma função de prevenção dos riscos conhecidos.

O problema proposto foi investigado por meio de pesquisa de cunho qualitativo, com abordagem descritiva, utilizando-se de técnica de ampla pesquisa bibliográfica, incluindo-se consultas a legislações constitucionais e infraconstitucionais, bem como leitura e análise de doutrinas e artigos nacionais e estrangeiros. Entendemos então que a metodologia fenomenológica foi a tratada no presente trabalho, como forma de resgatar a discussão sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, tão amplamente utilizados na Lei nº 9.605/98 e consideradas, de maneira geral e sem uma discussão mais profunda, como compatíveis com a Constituição Federal de 1988. Apontamos, como autores que influenciaram a construção dessa dissertação, entre outros, Marta Rodrigues de Assis Machado, Daniela de Freitas Marques, Luiz Regis Prado, Luigi Ferrajoli, Claus Roxin, Winfried Hassemer, Jesús-María Silva Sánchez e Fabio Roberto D'Avila, com destaque especial para o modelo proposto por Pierpaolo Cruz Bottini a respeito da estrutura material do tipo penal de perigo abstrato.

2 EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Assistimos hoje, face à ameaça global causada por grandes e novos riscos, ao advento de uma forma nova de sociedade, aquela que, sem prejuízo da concepção antropocêntrica de tutela, preocupa-se, sobremaneira, com novos espaços de proteção social. Segundo Fabio Roberto D'Avila (2011, p. 92),

[...] o surgimento de novas áreas de interesse social, como o meio ambiente, a genética, a informática e a economia, muitas vezes associados ao fenômeno da globalização e da transnacionalização dos fatos sociais, inaugurou novos espaços de regulação jurídica, para os quais o Estado se vale também do direito penal como instrumento de solução de conflitos. E, nesse contexto, há uma natural expansão do direito penal.

Em vista do aumento da complexidade de matérias merecedoras de tutela jurídica, o Direito, especialmente o penal, encontra-se hoje envolvido por discussões que têm por objeto a transformação dogmática necessária à melhor tutela dos bens jurídicos coletivos. Especificamente na seara penal e em termos ideais, o tipo penal deve descrever, da forma mais fiel possível, o conteúdo material do ilícito. Entretanto, a dificuldade de descrever tais matérias conduziu o legislador à adoção de técnicas de tutela de caráter formal, normalmente estabelecidas “na violação de um dever de natureza administrativa ou no exclusivo desvalor da ação.” (D'AVILA, 2001, p. 93).

De acordo com Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 28), há uma tendência dominante das legislações penais atuais no sentido do incremento de novos tipos penais, agravamento dos já existentes, criação de novos bens jurídico-penais, ampliação dos espaços de riscos penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia.

Para ele, tais mudanças estão intimamente ligadas ao modelo social das duas últimas décadas e “na conseqüente mudança da expectativa que amplas camadas sociais têm em relação ao papel que cabe ao Direito Penal.” (SÁNCHEZ, 2013, p. 30).

Marta Rodrigues de Assis Machado (2005) discorre que os riscos atuais possuem dimensões gigantescas, tendentes à destruição da humanidade, fato que conduz à ideia de que a materialização desses fenômenos deve ser evitada e prevenida a qualquer custo. Por isso, o modelo de Direito Penal de resultados¹, que atua repressivamente, após a conformação do

¹ Segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 130), “ao fixar o núcleo do injusto na ocorrência do resultado, o pensamento clássico objetiva evitar a atuação da norma penal sobre os âmbitos internos ou sobre a atividade volitiva dos indivíduos, de maneira a garantir a liberdade de pensamento e de ação”.

dano, é rejeitado, “sendo mais conveniente a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo”. (MACHADO, 2005, p. 96).

Tal autora afirma que os princípios penais clássicos², como o da taxatividade, da subsidiariedade, da proteção a bens jurídicos individuais, da lesividade, da imputação individual, da presunção de inocência, etc., apresentam sérias limitações para atuar frente aos novos males sociais. Desta forma, “a atuação do direito penal nessa seara reclama uma série de adequações, em boa parte ligada à flexibilização dos critérios de imputação e à ampliação da esfera de intervenção.” (MACHADO, 2005, p. 96-97).

Pierpaolo Cruz Bottini (2010), por sua vez, afirma que, frente ao novo modelo de organização social, “a norma criminal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos e, por isso mesmo, sofre o paradoxo que incide sobre os demais mecanismos de contenção de atividades inovadoras”. (BOTTINI, 2010, p. 89).

Assim, as novas características dos riscos atuais facilitam a propagação do discurso pela expansão do Direito Penal. Em primeiro lugar, porque sendo o risco de procedência humana, teoricamente ele poderia ser limitado pela inibição de comportamentos do homem, suggestionados por normas de conduta. Assim, o Direito Penal passa a orientar o comportamento no sentido da prevenção, em momento anterior à causação de um mal, antes da afetação de um bem jurídico protegido³ penalmente. Entretanto, essa face do Direito Penal, voltada à tutela antecipada, fica mais forte com os novos riscos. Isso porque o avanço da tecnologia expõe o homem a novos riscos sem precedentes, o que faz com que sejam previstas mais graves medidas de restrição a essas atividades, despontando a norma penal como “símbolo da atenção do poder público à utilização destas técnicas”. (BOTTINI, 2010, p. 88-89).

O autor continua a discorrer no sentido de que tal expansão também é produto do caráter reflexivo⁴ dos riscos produzidos. Isso porque os efeitos prejudiciais de uma atividade acabam por afetar toda a humanidade, inclusive a classe economicamente dominante, produtora desses riscos. Caso assim não fosse, haveria uma dicotomia, no sentido de que somente alguns setores da sociedade demandariam um maior controle das atividades que produzem riscos e o setor produtivo defenderia a necessidade de produção do risco como

² Os princípios da legalidade, taxatividade, intervenção mínima e ofensividade serão estudados no capítulo 4º da presente dissertação.

³ O conceito de bem jurídico será estudado no capítulo 3 da presente dissertação.

⁴ Segundo Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 156), o caráter reflexivo também pode ser entendido como reflexividade institucional, vale dizer, o arcabouço penal não conseguiria dar conta dos novos fenômenos do risco e, de outro lado, as adaptações do Direito Penal às novas metas político-criminais implicariam em um confronto direto com os seus princípios garantistas.

elemento indispensável para o desenvolvimento econômico. Como na sociedade contemporânea o próprio setor produtivo fica exposto aos riscos produzidos, há um estímulo para a expansão do direito penal. (BOTTINI, 2010, p. 89-90).

Além disso, a aparente incapacidade de atuação de outros meios de controle aumenta o clamor por uma atuação mais abrangente do Direito Penal, principalmente o Direito Civil, que não detém instrumentos adequados para inibir a criação de riscos, e o Direito Administrativo, seja pela ausência de estrutura adequado do Estado, seja pela baixa capacidade de intimidação. (BOTTINI, 2010, p. 91).

Entretanto, segundo Bottini (2010, p. 92-93), a elaboração de um Direito Penal de novos contornos se depara com o paradoxo do risco. Pare ele,

[...] a demanda social pela expansão do direito penal não postula a ruptura do modelo produtivo, não requer mudanças drásticas nas estruturas econômicas, mas, ao mesmo tempo, e em uma aparente incoerência, requer a supressão de um elemento basilar para a manutenção deste sistema – o risco. A incongruência subjacente deste discurso na sociedade civil terá efeitos sobre a norma penal, que não poderá determinar a supressão da raiz da produção desses riscos, mas deverá estabelecer patamares de redução dos mesmos, por instrumentos de contenção. Daí a dificuldade de estabelecer critérios e definições dogmáticas precisas quando se está diante do direito penal do risco.

Sánchez (2013, p. 33-36) também identifica algumas causas para a expansão do Direito Penal. Segundo o referido autor, sua expansão tem a ver com o aparecimento de novos bens jurídicos ou com o aumento do valor por alguns dos que existiam anteriormente. Tais bens jurídicos surgiram tendo em vista a existência de novas realidades e a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, como, por exemplo, o meio ambiente. Além disso, aponta para o aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade, fato que conduz ao efetivo aparecimento de novos riscos devido ao manejo dessas novas técnicas, à marginalização de muitos indivíduos, afastados que ficam dessa sociedade tecnológica, bem como ao incremento da criminalidade ligada aos meios informáticos e à internet.

O autor também aponta o fato de que os empregos de novos meios técnicos, a comercialização de novos produtos e o uso de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são desconhecidos levam a um fator de incerteza na vida social, o que conduz à adoção, cada vez maior, da técnica dos tipos de perigo por parte do Direito Penal. Ademais, afirma que a sociedade contemporânea⁵, tendo em vista a contínua aceleração do ritmo de vida aliada à

⁵ Segundo Bruno Torquato de Oliveira Naves (2010, p. 27-28), a sociedade contemporânea pode ser entendida como uma nomenclatura que rotula o atual momento histórico, visto como superação da sociedade industrial, e

revolução dos meios de comunicação, convive com uma perplexidade resultante da ausência do domínio do curso dos acontecimentos, resultando no sentimento de insegurança. O autor aduz que os meios de comunicação são um fator fundamental para o incremento da sensação subjetiva dos riscos, que é maior que o nível de existência objetiva desses riscos dificilmente controláveis ou incontroláveis. Tudo isso conduz a uma pretensão social de maior segurança, à qual se supõe deve o Direito Penal dar uma resposta. (SÁNCHEZ, 2013, p. 37-52).

Sánchez (2013, p. 52-63) afirma ainda a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos como outra causa para a citada expansão. Define tais sujeitos como as classes de pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, pessoas subvencionadas, consumidores e sujeitos pacientes dos efeitos nocivos do desenvolvimento, em contraponto às classes dinâmicas, empreendedoras, mais comuns na sociedade de desenvolvimento industrial do século XIX. A sociedade atual não é tão tolerante com o risco permitido, conceito construído no citado período de industrialização, que significava um não emprego de máximas medidas de segurança em prol do desenvolvimento. Diante da sobrevaloração da segurança, a permissão social para o risco permitido vem, cada vez mais, diminuindo, vale dizer, a sociedade atual possui uma orientação no sentido de uma restrição progressiva das ações arriscadas, com o incremento de infrações de deveres de cuidado. Além disso, haveria uma restrição para a aceitação do caso fortuito como produtor de danos por azar, tendo em vista a compreensão de que a maior parte dos perigos advém com algum tipo de intermediação de ações humanas, ou seja, a vítima acredita sempre existir um terceiro responsável para imputar o fato danoso, o que também leva ao problema da garantia da segurança da sociedade.

Além das causas já expostas, a identificação da maioria da sociedade com a vítima, no sentido de que o Direito Penal seria uma maneira bem aceita de sua proteção e não uma forma de proteção perante o Estado que pune, também favorece a referida expansão. Isso porque se tende a perder a visão do Direito Penal como defesa dos cidadãos em face do poder punitivo estatal, passando a vê-lo como fator de defesa da sociedade. (SÁNCHEZ, 2013, p. 64-74).

Não se pode olvidar a questão do descrédito de outras instâncias de proteção, como a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo, criando a visão de que o Direito Penal seria o único instrumento eficaz de pedagogia-social, de socialização e de civilização. Segundo referido autor, tal expansão seria, em boa parte, inútil, já que nem as grandes

que também pode ser chamada de pós-modernidade, alta modernidade, modernidade tardia, globalização, constelação pós nacional e Segunda Modernidade.

questões de funcionamento da comunidade como tal nem as instituições políticas e grupos sociais são capazes de resolver como é o problema sobre a responsabilidade de proteção dos interesses fundamentais das gerações futuras sobre a Terra. (SÁNCHEZ, 2013, p. 75-80).

O referido autor também sugere como causa do aumento da expansão do Direito Penal o fato de que os movimentos de emancipação – associações ecologistas, feministas, consumidores, vizinhos, pacifistas, ONGs em geral –, outrora contrários ao referido ramo do Direito, sempre visto como um braço armado das classes dominantes contra as classes mais fracas, passaram a clamar por um Direito Penal mais atuante contra essas mesmas classes poderosas, na proteção de seus respectivos interesses. (SÁNCHEZ, 2013, p. 80-84).

Por fim, Sánchez (2013, p. 89-96) sustenta que a pouca estima pelos procedimentos formais, pelas teorias do delito e pelos princípios do Direito Penal, vistos como sutilezas que se opõem a uma real solução das questões de segurança, fazem surgir modelos de justiça negociada, comprometida com a gestão eficiente de determinados problemas, mas distanciada dos valores de verdade e justiça. De acordo com sua visão, esse Direito Penal não formalizado perde a sua eficácia preventiva, potencializando a expansão das reações punitivas.

Para Juan Oberto Sotomayor Acosta (2008, p. 18), a modernização do Direito Penal possui as seguintes características principais:

- 1) La existencia de nuevos intereses de carácter universal y nuevos riesgos, que ameritan la intervención penal.
- 2) Por la aparición de nuevos bienes jurídicos de vago o nulo contenido material, el delito tiende a configurarse como infracción de un deber y no como lesión de un bien jurídico. A su vez, el principio del bien jurídico deja de ser concebido como un límite al legislador y se convierte en una razón para la intervención penal.
- 3) El derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a daños y se transforma en instrumento de la política de seguridad, por lo que termina justificándose por sus funciones simbólicas, al no buscar ya la producción de efectos en la realidad sino garantizar la seguridad subjetiva.
- 4) Se tiende a la protección del contexto, que lleva a una especie de administrativización del derecho penal, por la proliferación de los tipos de peligro abstracto y las leyes penales en blanco.
- 5) Relativización de los principios del derecho penal y flexibilización de las reglas de la imputación [...]⁶.

⁶ 1) A existência de novos interesses de caráter universal e de novos riscos, que justificam a intervenção penal.

2) Pela aparição de novos bens jurídicos de vago ou nulo conteúdo material, o delito tende a configurar-se como infração de um dever e não como lesão de um bem jurídico. Por sua vez, o princípio do bem jurídico deixa de ser concebido como um limite ao legislador e se converte em uma razão para a intervenção penal.

3) O Direito Penal deixa de ser um instrumento de reação frente a danos e se transforma em instrumento da política de segurança, que acaba justificando, assim, as suas funções simbólicas, ao não buscar a produção de efeitos na realidade, mas sim garantir a segurança subjetiva.

4) Tende à proteção do contexto, que leva a uma espécie de administrativização do Direito Penal, pela proliferação de tipos de perigo abstrato e de leis penais em branco.

5) Relativização dos princípios do Direito Penal e flexibilização das regras de imputação [...]. (tradução nossa).

Portanto, de acordo com Ulrich Beck (2010, p. 12), “[...] somos testemunhas oculares – sujeitos e objetos – de uma ruptura no interior da modernidade, a qual se destaca dos contornos da sociedade industrial clássica [...]”, e assume uma nova forma, chamada sociedade de risco.

Tal mudança traz à tona o aparecimento de novos riscos e a consequente ampliação de incidência do Direito Penal, bem como questionamentos acerca da capacidade de seus postulados clássicos em atender a contento os novos anseios sociais de proteção.

É importante, pois, um breve estudo sobre o Direito Penal em um estado democrático de direito, bem como sobre a sociedade contemporânea, igualmente denominada sociedade de risco.

2.1 O Direito Penal no Estado Democrático de Direito

Para José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 10), “o princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes”. Para ele, então, “Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito”. (CANOTILHO, 1999, p. 11).

Para Luiz Regis Prado (2009, p.61), o Estado de Direito é:

[...] aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.

Assim, para o citado autor, as características do Estado de Direito são o império da lei, a divisão dos poderes, a fiscalização da Administração e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais (PRADO, 2009, p. 62).

Canotilho (1999, p. 12), no intuito de explicitar o conceito de Estado de direito, parte de um recorte do seu contrário, vale dizer, do Estado de não direito, caracterizado por três ideias:

(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis e desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a “razão do Estado” imposta e iluminada por “chefes”; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito.

Luiz Regis Prado (2009) aponta três fases ou gerações de Estado de Direito, que correspondem igualmente às três fases de direitos fundamentais. No Estado liberal de Direito, são garantidas principalmente as liberdades individuais, que correspondem aos direitos fundamentais de 1ª geração; no Estado Social de Direito também são assegurados os direitos culturais, sociais e econômicos (2ª geração), e no Estado Constitucional de Direito são assegurados os direitos de 3ª geração, vale dizer, qualidade de vida, meio ambiente, liberdade de informática, biotecnologia, paz, etc. (PRADO, 2009, p. 64).

Para Prado (2012, p. 105),

[...] a passagem do conceito formal ao material de Estado de Direito caracteriza-se porque se pretendem a liberdade e a segurança individuais do cidadão, não só mediante a abstenção estatal, senão com a garantia positiva, a cargo do Estado, de uma existência digna ao ser humano.

Portanto, “o Estado de Direito como Estado constitucional surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos e, por ela, busca-se a limitação do poder político”. (PRADO, 2009, p. 63).

De acordo com Canotilho (1999, p. 21), “a forma que na nossa contemporaneidade se revela como uma das mais adequadas para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social⁷ ambientalmente sustentado⁸”.

Desta forma, para o referido autor, tal Estado deve ser subordinado, agir e atuar através do Direito, mas também ser “informado e conformado por princípios radicados na consciência jurídica geral e dotados de valor ou bondade intrínsecos”. (CANOTILHO, 1999, p. 51).

Assim, para Canotilho (1999, p. 55) o Estado deve ser pautado pela ideia de Direito, no sentido de que:

[...] em todos os seus actos jurídicos, em todos os seus esquemas organizatórios, em todos os seus procedimentos, incorpore os princípios jurídicos que, de forma indisponível por qualquer poder, dão validade ou legitimidade a uma ordem jurídica.

⁷ Para Canotilho (1999), o Estado de direito somente será social se “não deixar de ter como objetivo a realização de uma democracia econômica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político”. (CANOTILHO, 1999, p. 39).

⁸ Para o referido autor, Estado de direito do ambiente “quer dizer indispensabilidade das regras e princípios do Estado de direito para se enfrentarem os desafios impostos pelos desafios da sustentabilidade ambiental”, vale dizer, deve ser afastado qualquer tipo de fundamentalismo ambiental que “resvalasse para formas políticas autoritárias e até totalitárias com desprezo das dimensões garantísticas do Estado de direito”. (CANOTILHO, 1999, p. 44-45).

Em síntese: que o tornem intrinsecamente um Estado de direito. Neste sentido falam os autores de Estado material de direito.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2012) leciona que, na sociedade contemporânea, o “Estado de Direito deixou de ser formal, neutro e individualista, para tornar-se um Estado de Direito material, enquanto adota uma legalidade democrática e pretende a justiça material, a garantia das necessidades humanas vitais”. (PRADO, 2012, p. 106).

Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alexandro Alagia e Alejandro Slokar (2003, p. 93-94) estabelecem uma separação cortante entre o estado de polícia e o de Direito, vale dizer:

[...] entre o modelo de estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias, para o que tanto aquela quanto estas precisam submeter-se a regras que são mais permanentes do que meras decisões transitórias. Para o primeiro modelo, submissão à lei é sinônimo de obediência ao governo; para o segundo, significa acatamento a regras anteriormente estabelecidas. O primeiro pressupõe que a consciência do bom pertence à classe hegemônica e, por conseguinte, tende a uma justiça substancialista; o segundo pressupõe que pertence a todo ser humano por igual e, portanto, tende a uma justiça procedimental. [...] O primeiro é paternalista: considera que deve castigar e ensinar a seus súditos e, inclusive, tutelá-los ante suas próprias ações autolesivas. O segundo deve respeitar todos os seres humanos por igual, porque todos têm uma consciência que lhes permite conhecer o bom e o possível, e, quando articular decisões de conflitos, deverá fazê-lo de modo a afetar o menos possível a existência de cada um, conforme seu próprio conhecimento: o estado de direito deve ser fraterno.

Canotilho (1999) esclarece que o referido Estado deve ser de direitos fundamentais, no sentido de ser um Estado de direitos pessoais, políticos e sociais. Para tanto, tal rol de direitos deve estar previsto na Constituição, devido à sua dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária. Uma vez na Constituição, esses direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar seus núcleos essenciais. Para Canotilho (1999, p. 56),

[...] a constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional com ordem de liberdade e de justiça.

O autor continua a explicar que o referido Estado também deve observar o princípio da justa medida, ao se estruturar em torno de um princípio material chamado princípio da proibição do excesso⁹. Assim, o legislador fica vinculado a tal princípio, no sentido de que a

⁹ Canotilho (1999) explica que tal princípio busca “acentuar as dimensões das garantias individuais e da proteção dos direitos adquiridos contra medidas excessivamente agressivas, restritivas ou coativas dos poderes públicos na esfera jurídico-pessoal e jurídico-patrimonial dos indivíduos”. (CANOTILHO, 1999, p. 59-60).

lei a ser promulgada não poderá ser excessiva, desnecessária, tendo como limites o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, previstos constitucionalmente. Como exemplo, o referido autor afirma que o legislador não deve considerar criminalmente punível uma ação ou omissão, caso não tenham dignidade bastante para serem consideradas como crimes. Tal princípio limita os poderes públicos, principalmente quando adotam medidas sancionatórias ou restritivas de direitos, liberdades e de garantias. (CANOTILHO, 1999, p. 59-61).

Para Luis Regis Prado (2012), conseqüentemente, “a política legiferante criminal deve estar limitada à Constituição material, bem como pela noção de Estado nela consagrada”. (PRADO, 2012, p. 106).

No entendimento do citado autor, “em um Estado Democrático e social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”. (PRADO, 2009, p. 61).

Assim, “o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”. (PRADO, 2009, p. 52).

Dessa forma, segundo Prado (2009, p. 45-55), o objetivo principal do Direito Penal radica

[...] na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade –, norteadas pelos princípios fundamentais da dignidade humana, da personalidade e individualização da pena; da humanidade; da insignificância; da culpabilidade, da intervenção penal legalizada; da intervenção mínima e fragmentariedade.

De acordo com Gonzalo D. Fernández (2004, p. 47),

[...] en el contexto del Estado social y democrático de derecho la política criminal experimenta un notable resurgimiento. Ella introduce la necesidad de buscar, inexcusablemente, un nuevo fundamento racionalizador dela coerción penal y de su monopolio estatal, lo cual determina que el derecho penal ni siquiera pueda ser pensado en forma separada de ella.¹⁰

Tal autor continua a explicar que: “[...] la inflexión de la dogmática penal hacia una orientación jurídico-constitucional abarca por supuesto la teoría del bien jurídico, la cual

¹⁰ [...] no contexto do Estado social e democrático de direito, a política criminal experimentou um notável ressurgimento. Ela introduziu a necessidade de buscar, inexoravelmente, um novo fundamento de racionalização da coerção penal e de seu monopólio estatal, que determina que o Direito Penal não pode sequer ser pensado de forma separada dela. (tradução nossa).

también se adecua al nuevo paradigma. El bien jurídico pasa a orbitar, por lo tanto, en el ámbito de la ley fundamental.”¹¹ (FERNÁNDEZ, 2004, p. 47).

Portanto, “para seleccionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal – bem jurídico -, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras – fundantes e regentes – de todo o ordenamento penal”. (PRADO, 2009, p. 55).

Tais princípios, por sua vez, estão em sua maioria alojados, de maneira explícita ou implícita, na Constituição, e “formam, por assim dizer, o núcleo gravitacional, o ser constitutivo do Direito Penal”. (PRADO, 2009, p. 55).

Luiz Flávio Gomes defende que, em um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito e dos direitos fundamentais, o Direito Penal deve ser concebido como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa e, por outra parte, entender que sua intervenção somente se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em um objeto de uma ofensa intolerável, devendo tal direito, portanto, ser inspirado no paradigma da ofensividade¹². (GOMES, 2002, p. 14).

Da mesma maneira, para Maria Lúcia Karam (2009, p. 12),

[...] o princípio da exigência de lesividade da conduta proibida, além de se vincular ao reconhecimento da dignidade da pessoa, além de se vincular ao princípio da legalidade, expressa o postulado da proporcionalidade, extraído do aspecto de garantia material inerente à cláusula do devido processo legal.

Para Karam (2009, p. 06),

[...] no Estado de direito democrático, a liberdade e quaisquer outros direitos de cada indivíduo não de ser assegurados até o ponto em que não impeçam ou não ameacem seriamente o exercício de iguais direitos de outros indivíduos. Enquanto a conduta do indivíduo não atinge de modo concreto, direto e imediato um direito alheio, sua liberdade é e deve sempre ser absoluta.

Luiz Regis Prado (2009) defende que, em um Estado Democrático e Social de Direito, “o indivíduo como pessoa, o cidadão, deve ser sempre o destinatário maior de toda norma jurídica, há de ser referência última em qualquer bem jurídico”, seja um bem jurídico individual ou metaindividual. (PRADO, 2009, p. 97).

¹¹ [...] a inflexão da dogmática penal para uma orientação jurídico-constitucional abrange, por pressuposto, a teoria do bem jurídico, a qual também se ajusta ao novo paradigma. O bem jurídico passa a orbitar, assim, no âmbito da lei fundamental. (tradução nossa).

¹² O princípio da ofensividade será estudado no item 4.2 da presente dissertação.

Afinal, Maria do Carmo B. de Faria (2007, p. 133) explicita, numa visão kantiana, que o homem, como ser racional, existe como um fim em si mesmo e não como meio para se atingir alguma finalidade.

Igualmente, Karam (2009, p. 7) afirma que a proteção dos interesses coletivos ou difusos somente é legítima na hipótese de se reportar a interesses ou direitos individualizáveis. Para ela,

[...] a suposta prevalência sobre os direitos individuais de abstratos interesses de igualmente uma abstrata sociedade não consegue esconder sua inspiração totalitária. A sociedade não é algo abstrato, destacado dos indivíduos. A sociedade é sim o conjunto de indivíduos concretos.

Assim, no estado atual da ciência, não se pode mais pensar o Direito Penal em uma perspectiva basicamente positivista, como uma simples forma de solução de conflitos.

Conforme leciona Fabio Roberto D’Avila (2011), o Direito Penal consiste em um verdadeiro legado civilizacional, por meio do qual foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, de forma axiológica, várias constituições ao redor do mundo. Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, primeiramente devem ser questionadas, no âmbito do próprio Direito Penal, a legitimidade e a validade jurídico-penal e jurídico-constitucional, antes de se questionar acerca da utilidade político-criminal de certas medidas de natureza penal, como forma de reconhecer e concretizar os direitos e garantias fundamentais, com a imposição de limites às políticas públicas de segurança. (D’AVILA, 2011, p. 96-99).

2.2 Sociedade de risco

Segundo Pablo Rodrigo Alflen da Silva (2007, p. 9), “somente nas últimas décadas a investigação sobre o risco, cuja expressão foi utilizada pela primeira vez no século XV na Itália, obteve maior significação”.

Ulrich Beck (2010) ressalta que a existência de um contraste entre natureza e sociedade é típica do século XIX, com o objetivo de que aquela fosse controlada e ignorada pelos homens. Segundo tal autor, “a natureza foi subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado em fabricado”. (BECK, 2010, p. 9).

Dessa forma, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial, tornando-se um pré-requisito indispensável do seu modo de vida, vale dizer, há uma dependência imanente entre o sistema mercantil e a natureza. E, segundo Beck (2010, p. 9), “diante das ameaças da segunda natureza, absorvida no sistema industrial, vemo-nos praticamente indefesos”.

De acordo com Bruno Torquato de Oliveira Naves (2010, p. 28), a sociedade industrial alicerçou-se em realidades hoje inexistentes. Ela apoiou-se na ideia de que a natureza seria uma fonte inesgotável de recursos e que estaria fora da sociedade, havendo, portanto, uma oposição entre natureza e sociedade. Tal oposição foi abalada pelo desenvolvimento tecnológico e pela crise ecológica, sendo que a sociedade contemporânea incorporou o conceito de natureza, que se encontra integrada à produção econômica, resultando daí riscos e perigos.

A transmutação da natureza, passando de externa para imanente ao sistema mercantil, também criou reflexos sobre a responsabilidade do homem a seu respeito.

Segundo Hans Jonas (2006), no período anterior aos nossos tempos, as “interferências do homem na natureza, tal como ele próprio as via, eram essencialmente superficiais e impotentes para prejudicar um equilíbrio firmemente assentado”. (JONAS, 2006, p. 32).

Com o passar do tempo, o homem criou um espaço próprio de convivência, claramente distinto do resto das coisas, destinado a cercar-se e não a expandir-se. Assim, tal obra, conhecida como cidade, forma o domínio completo da responsabilidade humana, permanecendo a natureza fora de tal situação. De acordo com o referido autor, “é nesse quadro intra-humano que habita toda a ética tradicional, adaptada às dimensões do agir humano assim condicionado”. (JONAS, 2006, p. 34).

Tal ética, portanto, é antropocêntrica¹³ e diz respeito ao relacionamento direto de homem com homem, inclusive consigo mesmo. Dessa forma, para Jonas (2006, p. 35-36),

[...] o alcance objetivo da ação era pequeno, o intervalo de tempo para previsão, definição de objetivo e imputabilidade era curto, e limitado o controle sobre as circunstâncias e sua consecução quase imediata. O longo trajeto das consequências ficava ao critério do acaso, do destino ou da providência. Por conseguinte, a ética tinha a ver com o aqui e agora, como as ocasiões se apresentavam aos homens, com as situações recorrentes e típicas da vida privada e pública.

¹³ Na lição de Romeu Thomé (2012, p. 60), o antropocentrismo tradicional caracteriza-se pela preocupação única com o bem-estar do ser humano.

Em resumo, para tal autor, “o universo moral consiste nos contemporâneos, e o seu horizonte futuro limita-se à extensão previsível do tempo de suas vidas”. (JONAS, 2006, p. 36).

Entretanto, a criação da técnica moderna mudou sensivelmente esse quadro, fazendo com que a moldura da ética antiga não mais consiga enquadrar a nova realidade.

Por meio dos avanços tecnológicos, a natureza passa a ser vulnerável. Assim, segundo Jonas (2006, p. 39),

[...] um objeto de ordem inteiramente nova, nada menos que a biosfera inteira do planeta, cresceu-se àquilo pelo qual temos de ser responsáveis, pois sobre ela detemos poder. Um objeto de uma magnitude tão impressionante, diante da qual todos os antigos objetos da ação humana parecem minúsculos! A natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada.

Verifica-se que as características de proximidade e simultaneidade de causas e efeitos desaparecem, tendo em vista a aplicação de novas técnicas, bem como surgem questões ligadas à irreversibilidade das consequências de tais ações e os efeitos cumulativos de tais comportamentos.

Diante de tão intenso avanço tecnológico, os ensinamentos da experiência são insuficientes para que haja um controle desta autopropagação cumulativa da mudança tecnológica, motivo pelo qual um novo saber “deve ter a mesma magnitude da dimensão causal do nosso agir”. (JONAS, 2006, p. 41).

Entretanto, ainda segundo Jonas (2006, p. 41),

[...] o hiato entre a força da previsão e o poder de agir produz um novo problema ético. Reconhecer a ignorância torna-se, então, o outro lado da obrigação do saber, e com isso torna-se uma parte da ética que deve instruir o autocontrole, cada vez mais necessário, sobre o nosso excessivo poder. Nenhuma ética anterior vira-se obrigada a considerar a condição global da vida humana e o futuro distante, inclusive a existência da espécie. O fato de que hoje eles estejam em jogo exige, numa palavra, uma nova concepção de direitos e deveres, para a qual nenhuma ética e metafísica antiga pode sequer oferecer os princípios, quanto mais uma doutrina acabada.

Portanto, “a fronteira entre “Estado” (*pólis*) e “natureza” foi suprimida: a “cidade dos homens”, outrora um enclave no mundo não humano, espalha-se sobre a totalidade da natureza terrestre e usurpa o seu lugar”. (JONAS, 2006, p. 44).

Questões que antes nunca foram objeto de legislação entram no circuito das leis que devem ser formuladas no âmbito da aldeia global, visando à existência do mundo para as próximas gerações de homens.

Assim, para Jonas (2006), um novo imperativo ético adequado ao novo tipo de agir humano deve ser voltado para a preservação da humanidade, vale dizer, “nós não temos o direito de escolher a não-existência de futuras gerações em função da existência da atual, ou mesmo de as colocar em risco”. Tal imperativo, portanto, “se estende em direção a um previsível futuro concreto, que constitui a dimensão inacabada de nossa responsabilidade”. (JONAS, 2006, p. 47-49).

Assim, a citada Ética preocupa-se com o ser e não mais somente com o ser humano.

Entretanto, para Miguel Reale (2004), o meio ambiente continua sendo idealizado como se fosse uma fonte perene de benesses, na qual o homem estaria passivamente inserido, quando, na verdade, na maioria das vezes, “é ele que, como agente criador de civilização e de melhores qualidades de vida, se vê na contingência de interferir no que é natural e espontâneo para estancar seus efeitos nocivos”. (REALE, 2004).

Assim, para Reale (2004), a proteção do meio ambiente não pode prevalecer sobre o valor da pessoa humana, que “é o valor-fonte de todos os valores, por significar o homem situado na sociedade, um eu em correlação essencial com o dos demais membros da comunidade”. (REALE, 2004).

Continua o referido autor a defender que a preocupação pelos valores individuais é desenvolvida em amplo espectro, que vai desde a proteção da subjetividade, com a tutela da intimidade e da vida privada “até os valores ecológicos, cuja preservação decorre do que eles significam para a vida humana”. (REALE, 1998, p. 126).

De acordo com Maria do Carmo B. de Faria (2007, p. 133), tal posição está em consonância com o imperativo categórico¹⁴ de Immanuel Kant, uma vez que o homem existe como um fim em si mesmo e não só como meio para uso arbitrário de uma vontade alheia.

Dessa forma, Faria (2007, p. 135) esclarece que

Kant afirma que o homem está submetido por um lado às leis da natureza porquanto ele mesmo é um ser da natureza e pertence ao mundo da natureza. Por outro, enquanto livre, está submetido às leis morais e jurídicas (leis da liberdade) e pertence ao mundo da cultura.

Portanto, conforme ensinam Bruno Torquato de Oliveira Naves e Maria de Fátima Freire de Sá (2013), tal imperativo coloca a vontade humana e, conseqüentemente, a liberdade, no centro da Ética, hipótese na qual “o agir ético dependeria sempre da

¹⁴ Segundo Maria do Carmo B de Faria (2007), esse imperativo pode ser formulado de diversas maneiras: “age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”, ou “não faças aos outros o que não queres que te façam”. (FARIA, 2007, p. 133).

possibilidade do agente avaliar sua conduta racionalmente”, bem como a “ausência de racionalidade na vida extra-humana impediria que a Ética alcançasse outros seres vivos, postos que estes não possuem um agir moral”. (NAVES; SÁ, 2013, p. 62-63).

Nessa linha, Romeu Thomé (2012, p. 61) esclarece que o antropocentrismo pode ser entendido nas versões utilitarista e protecionista. Na primeira, a natureza é considerada como principal fonte de recurso para atender as necessidades humanas, ao passo que a segunda defende a ideia de que a natureza, como bem coletivo essencial, deve ser protegida como garantia de sobrevivência e bem-estar do homem.

Para o referido autor, a Constituição do Brasil de 1988 e a grande maioria das normas ambientais nacionais e internacionais adotam a visão antropocêntrica protecionista, “no sentido de proteger o meio ambiente em função dos interesses do ser humano” (THOMÉ, 2012, p. 62).

Na sociedade pós-industrial, de risco, também denominada de sociedade tardia por Beck (2010), não há mais contraposição entre natureza e sociedade. Para Beck (2010, p. 98),

[...] no final do século XX, a natureza nem é predeterminada e nem designada, tendo-se transformado em produto social e, sob as condições naturais de sua reprodução, na combatida ou ameaçada estrutura interna do universo civilizatório. Todavia, isto implica dizer: destruições da natureza, integradas à circulação universal da produção industrial, deixam de ser meras destruições da natureza e passam a ser elemento constitutivo da dinâmica social, econômica, política.

Segundo Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 20-21),

[...] se, por um lado, o desenvolvimento do saber técnico-científico permitiu que o homem controlasse e se protegesse dos fenômenos da natureza que antes se mostravam perigosos para a sua existência, por outro o processo de socialização da natureza e os recentes desenvolvimentos no campo das tecnologias acabaram redundando em outros tipos de ameaças: os riscos tecnológicos. Essa nova classe de riscos significou um novo e poderoso fator de indeterminação do futuro, pois sua característica primordial está no fato de terem emergido na qualidade de efeitos secundários e, como tais, não foram perseguidos, não foram passíveis de previsão e não podem ser delimitados – nem socialmente e tampouco no tempo ou no espaço.

Dessa forma, problemas ambientais deixam de ser problemas do meio ambiente e passam a ser problemas do ser humano. A transformação de ameaças à natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas sistêmicas é “que representa o real desafio do presente e do futuro, o que justifica o conceito de sociedade de risco¹⁵”. (BECK, 2010, p. 99).

¹⁵Para Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 43-44), a sociedade de risco “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 derivavam de ações humanas próximas

Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 35), por sua vez, entende a sociedade de risco como consequência “do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, que organiza produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica”. Entretanto, nos séculos XVIII e XIX, a produção não exigia a existência de uma tecnologia complexa que pudesse interferir na construção da expectativa da vida em comum. Os riscos eram regionalizados, pessoalizados, e de fácil medição ou previsão.

Com a superação do modelo industrial clássico (meados do século XX), consistente no trânsito da indústria aos serviços de conhecimento e inovação, e o avançar da livre concorrência, há o crescimento e a exigência de uma insistente busca por inovações tecnológicas que permitam a produção e a distribuição de insumos em grande escala, acarretando maior velocidade na descoberta de novas tecnologias. Diante de uma velocidade de descobertas cada vez maior, a análise, por parte dessa mesma ciência, dos efeitos dessas novas tecnologias, não é realizada a contento. Desse descompasso entre a rapidez do surgimento de novas tecnologias e a ausência de existência de instrumentos de avaliação e medição, surgem a incerteza e a insegurança, fazendo com que o homem tenha de lidar com o risco por meio de uma nova perspectiva. (BOTTINI, 2010, p. 35-36).

O risco deixa de ser um dado periférico da organização social, passando a ocupar posição central em tal modelo. Assim, o risco, antes ligado a perigos externos, passa a ser criado pela própria organização coletiva, ou seja, tem procedência humana. De acordo com Bottini (2010, p. 38),

[...] o que era externo passa a ser também interno, passa a integrar o núcleo de desenvolvimento da sociedade. O risco, assim, torna-se um referencial político. Se a periculosidade decorre do comportamento humano, significa que pode ser controlada por medidas de restrição, por mecanismos de gestão de risco. Mais do que um objeto de análise, o risco e os mecanismos para controlá-lo passam a refletir as opções da sociedade em relação ao grau de tolerância destas atividades.

Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 35) afirma que a sociedade atual é caracterizada “por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade”.

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 acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidas em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida”.

Para o citado autor, “boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos”. (SÁNCHEZ, 2013, p. 36).

Diante disso, Sánchez (2013, p. 37) afirma que a sociedade pós-industrial é, além da sociedade de risco, uma sociedade detentora de um grande fator de incerteza na vida social, haja vista que o emprego de meios técnicos, comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos não são ainda conhecidos, poderão se manifestar anos depois da realização da conduta.

Para Beck (2010, p. 27), os riscos

[...] desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes irreversíveis, permanecem no mais das vezes fundamentalmente invisíveis, baseiam-se em interpretações causais, apresentam-se portanto tão somente no conhecimento (científico ou anticientífico) que se tenha deles, podem ser alterados, diminuídos ou aumentados, dramatizados ou minimizados no âmbito do conhecimento e estão, assim, em certa medida, abertos a processos sociais de definição.

Com a distribuição e incremento desses riscos, surgem situações sociais de ameaças que acompanham, em algumas situações, a desigualdade de classes sociais. Entretanto, os riscos da modernidade possuem um efeito bumerangue¹⁶, vale dizer, acabam por alcançar aqueles que os produziram. Dessa forma, as ameaças à saúde, à propriedade e ao lucro também podem alcançar, cedo ou tarde, os ricos e poderosos. Vale dizer, ninguém está livre das consequências dos riscos produzidos. (BECK, 2010, p. 27).

Esse caráter reflexivo dos novos riscos, determinado pelo efeito bumerangue, acirra as reivindicações por maior controle. Quando a classe social proprietária dos meios de produção não tinha riscos de ser afetada por sua atividade, a lógica era voltada para o aumento da rapidez e eficiência no desenvolvimento de novas tecnologias voltadas para agregar valor aos seus produtos. Como os novos riscos afetam a todos, há um fortalecimento do discurso sobre os meios de controle destas técnicas de produção. (BOTTINI, 2010, p. 42).

Dessa forma, os riscos também produzem um efeito equalizador, já que possuem uma tendência imanente à globalização, ou seja, “a produção industrial é acompanhada por um universalismo das ameaças, independente dos lugares onde são produzidas”. (BECK, 2010, p. 43).

¹⁶ Para Beck (2010, p. 46), “tudo o que ameaça a vida neste planeta, estará ameaçando também os interesses de propriedade e de comercialização daqueles que vivem da mercantilização da vida e dos viveres”. Dessa forma, surge uma contradição entre os interesses de lucro e de propriedade, que impulsionam a crescimento dos riscos que, por sua vez, comprometem e desapropriam inclusive os lucros e a propriedade.

Além disso, a indiferença diante dos riscos é o terreno propício para que eles floresçam, cresçam e frutifiquem. Isso porque no confronto e concorrência entre os problemas da sociedade de classes e os provenientes da sociedade de risco, a lógica da produção da riqueza acaba por prevalecer. A salvaguarda da prosperidade e do crescimento econômico mantém-se como primeira prioridade. Para a manutenção de tal *status*, os instrumentos da “superação” definitiva dos riscos são incrementados, com afirmações no sentido de que os riscos são um exagero, não seriam cientificamente comprovados, seriam uma decorrência natural do progresso e que a ciência seria capaz de superar qualquer obstáculo. O predomínio dessa interpretação “produz aquilo que nega: as situações de perigo da sociedade de risco. Reside aí, no entanto, não algo que console, e sim o inverso: um aumento do perigo”. (BECK, 2010, p. 54-56).

Um ponto fundamental está no fato de que os riscos estão intimamente ligados a um componente futuro. Riscos têm a ver com antecipação. Assim, “na sociedade do risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente”, estando o núcleo da consciência do risco no futuro. (BECK, 2010, p. 39-40).

Portanto, a sociedade atual pode ser definida como a sociedade da “insegurança sentida” ou como a sociedade do medo. (SÁNCHEZ, 2013, p. 40).

Beck (2010, p. 60) afirma que o “modelo da sociedade de risco marca, nesse sentido, uma época social na qual a solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política”.

Diante disso, tendo em vista a crescente insegurança da sociedade atual, a “segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”. (SÁNCHEZ, 2013, p. 50).

Da mesma maneira, Bottini (2010, p. 38) aduz que

[...] a procedência humana do risco abre caminho, portanto, para a coerção de comportamentos que apresentem periculosidades maiores de 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.

Diego Romero (2006, p. 44-45) afirma que a sociedade atual, diante do sentimento de insegurança, “queixa-se da falta de mecanismos de travagem, sistemas de direção, de previsão, de um ponto de ancoragem”, fazendo com que a ciência jurídica fosse convocada a dar respostas sobre esses novos temas da sociedade pós-moderna, mormente o Direito Penal.

Por sua vez, Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 44) aduz que para a tutela destes “novos” ou “grandes” riscos provenientes da sociedade atual, “não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado”, reconhecendo, assim, a necessidade de interferência desse ramo do Direito.

Maria Lúcia Karam (2009, p. 2) defende que na sociedade de risco,

[...] o risco não tem sido percebido apenas como um resultado possível da ação, que pode ter consequências positivas ou negativas, mas sempre sob a forma negativa, como uma ameaça – e uma ameaça muito próxima. Essa percepção coloca a busca de um ideal de segurança no centro das preocupações.

Assim, para a referida autora, a maior intervenção do sistema penal é propagandeada como a solução para todos os problemas, sendo apresentada como a resposta aos anseios individuais por segurança. (KARAM, 2009, p. 3).

Marta Machado (2005, p. 23-24) identifica que as políticas criminais possuem, de maneira geral, a tendência de “uma proposta de extensão da intervenção estatal sancionatória, de modo a utilizá-la como meio para evitar o maior número possível de resultados indesejáveis”. Continua a esclarecer que “sob essa perspectiva, encaminham-se as discussões sobre a incidência da regulação penal em setores sensíveis aos riscos fabricados, como, por exemplo, o meio ambiente [...]”.

Dessa forma, o Direito Penal, frente aos referidos riscos e como resultado de políticas criminais ligadas à ideia de prevenção, passa a tutelar bens jurídicos supraindividuais principalmente por meio de tipificações de crimes de perigo¹⁷, visando antecipar a coerção antes que a conduta realizada efetivamente alcance a lesão concreta ao bem jurídico protegido.

2.2.1 *Risco e perigo*

Pedro Braga (2005) esclarece que “o risco não é um fato recente, obviamente. Ampliou sua natureza e adquiriu novas facetas. Mudou, ou melhor, adaptou-se, em uma sociedade mais complexa”. (BRAGA, 2005, p. 155)

Conforme dito por Pablo Alflen da Silva (2007, p. 9), o risco, na sociedade liberal do século XIX, tinha a forma de acidente, ou seja, era um acontecimento imprevisto e exterior, um golpe do acaso.

¹⁷ O conceito de crime de perigo será estudado no capítulo 5 da presente dissertação.

Já no século XX, em uma segunda fase, “surge a emergência da noção de prevenção e segurança, entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional que se destina a deduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco, que, por óbvio, era, na esteira da modernidade, objetivo e mensurável”. (ROMERO, 2006, p. 50).

Nessa etapa, o risco para de depender dos golpes de destino e passa a ser controlado pela estatística, pelo cálculo da probabilidade e se torna socialmente suportável pela divisão das responsabilidades pelos danos. (SILVA, 2007, p. 9).

Na sociedade atual, na terceira fase, o risco é visto como algo catastrófico, invisível, imensurável, pouco ou nada previsível, sendo um efeito secundário das próprias decisões humanas. Dessa forma, “a sociedade da atualidade, ‘do risco’ é, pois, uma sociedade que se põe por seus próprios atos em perigo”. (ROMERO, 2007, p. 50).

De acordo com Bottini (2010, p. 31-32), o risco “é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo”. Dessa forma não há que se falar em risco sem a iminência de perigo. Portanto, ter uma definição do que se entende por perigo é premissa para o entendimento do risco.

Segundo Stephan Doering Darcie (2010, p. 38), “a importância de uma correta compreensão acerca da noção penal de perigo reside no fato de que o mesmo constitui o ponto de partida da intervenção penal”.

Inicialmente, o perigo seria uma construção subjetiva do homem, por meio do pensamento positivista clássico. Parte-se da ideia de que os fenômenos estão sujeitos à causalidade natural, mas o homem, que não tem consciência de todos os sistemas e nexos causais, não tem como possuir certeza absoluta dos resultados de uma ação concreta. Assim, o máximo que pode fazer é definir probabilidades e a definição dessa probabilidade da ocorrência de um dano é o que caracteriza a ação perigosa. Dessa forma, o perigo seria a apreensão subjetiva do acontecimento danoso, tendo em vista o desconhecimento da relação de causalidade decorrente dos fatos. Caso houvesse o conhecimento absoluto dessas conexões naturais entre causas e efeitos, o homem saberia de antemão se determinada conduta levaria ou não a um resultado danoso, não havendo que se falar, portanto, em perigo. (BOTTINI, 2010, p. 32-33).

Entretanto, a evolução da ciência coloca em xeque tal proposta subjetivista do perigo. Isso porque não é possível a hipótese de conhecimento absoluto dos nexos de causalidade. Assim, o perigo passa a ostentar uma realidade objetiva. Passa a ser um dado de fato, vale dizer, o caráter objetivo do perigo passa a ser preenchido pela probabilidade fática

da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar. O perigo¹⁸, assim, pode ser medido e quantificado. (BOTTINI, 2010, p. 33-34).

O perigo, “[...] enquanto noção relacional, possui íntima ligação com a hipótese de produção de um dano. Por conseguinte, ainda que goze de plena autonomia quanto a este, no que concerne ao seu desvalor próprio, pode-se dizer que está objetivamente limitado por essa relação”. (DARCIE, 2010, p. 39).

A noção de perigo, assim, possui dois elementos referenciais, quais sejam, “a probabilidade de um acontecer e a danosidade desse mesmo acontecer”. (D’AVILA, 2007, p. 36).

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 52) afirma que o perigo é, ao mesmo tempo, um conceito ontológico e normativo. Expõe que

[...] na verdade, o direito extrai, por assim dizer, recorta da realidade as situações de perigo e as traz, por serem relevantes, para o mundo jurídico. Com essa afirmação pretendemos consignar que o direito, por basear-se na realidade, não inventa situações de perigo, mas seleciona-as mediante determinados critérios baseados na experiência.

Assim, para o referido autor, “será perigoso (para o mundo jurídico) o que a lei assim considerar. Daí o seu caráter normativo, sem se negar o ontológico”. (SILVA, 2003, p. 52).

O autor aponta três teorias acerca do perigo. A precursora, também chamada subjetiva, como já descrito, é aquela na qual o perigo não existe objetivamente. Ele seria fruto da nossa ignorância, da falta de conhecimento, uma representação mental oriunda do temor do homem. A segunda, dita objetiva, afirma que o perigo é um ente real e objetivo, constituindo um trecho da realidade. (SILVA, 2003, p. 53).

Para ele, a solução está numa teoria intermediária, vale dizer, “o perigo é algo objetivo, ou seja, existe como realidade, e precisamente por isso é perceptível, revelando-se aí o aspecto subjetivo”. (SILVA, 2003, p. 54).

Diante da definição do perigo, podemos definir o risco como “a qualidade de uma situação que antecede o perigo”, ou seja, refere-se “à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele”. (BOTTINI, 2010, p. 34).

¹⁸ Para Heleno Cláudio Fragoso (1993), o perigo é constituído por um elemento objetivo e por um elemento subjetivo. Para tal autor, “objetivamente, constitui perigo o conjunto de circunstâncias e condições em que se verifica o fato de que pode surgir o dano; subjetivamente, integra-o o juízo sobre o perigo, ou seja, o juízo que estabelece, com base na experiência, a probabilidade de superveniência de um dano”. (FRAGOSO, 1993, p. 169).

O perigo e o risco sempre estiveram presentes nas atividades humanas. Entretanto, não havia necessidade de avaliações de risco constantes, já que os perigos ocorridos não marcavam o modo de relacionamento social. Os riscos, antes da era pós-moderna, caracterizavam-se pela regionalidade, concretude e facilidade de medição ou previsão. Assim, o que caracteriza a sociedade atual é a nova dimensão desses riscos. Isso porque a intensidade do progresso (tecnologia) não é acompanhada pelos instrumentos de medição e de avaliação dos potenciais resultados de sua aplicação. O risco, assim, passa a ser a essência da atividade social. (BOTTINI, 2010, p. 34-36).

Importante frisar que o termo sociedade de risco não implica em reconhecer que as novas técnicas se apresentam, imediatamente, como lesivas ou prejudiciais. Se assim fosse, a sociedade seria de perigo e não de risco. As novas tecnologias e a rapidez com que elas são desenvolvidas potencializam a probabilidade de ocorrência do perigo. O risco é uma expectativa de perigo e o perigo é caracterizado por um contexto real de submissão de bens à ameaça concreta. (BOTTINI, 2010, p. 36-37).

2.2.2 Possibilidade e probabilidade

A doutrina indaga se para a configuração do perigo seria necessária apenas a possibilidade de dano ou se haveria a necessidade da presença de uma probabilidade para a sua configuração.

Para Daniela de Freitas Marques (2008, p. 32),

[...] o possível estaria vinculado ao que pode acontecer e o provável ao que deve acontecer. O possível está vinculado às leis empiricamente estabelecidas. Por sua vez, o provável está vinculado à experiência cotidiana da vida. Por essa distinção, o possível liga-se à natureza e o provável, à cultura. No entanto, mais correntio e mais acertado, seria considerar o possível e o provável em distâncias remotas e aproximadas da ocorrência do evento.

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 54) aduz que a corrente que sustenta ser necessária a probabilidade é majoritária, contentando-se a corrente minoritária com a mera possibilidade.

A mera possibilidade, para Darcie (2010, p. 42), é um critério demasiadamente amplo, que abrange o provável, o improvável, o raro e o raríssimo. Esse critério proporciona a exclusão da tipicidade, na hipótese de não se verificar essa possibilidade no caso concreto e

também uma diretriz ao legislador que não deverá definir como perigosos comportamentos não idôneos para produzir uma lesão, conforme leis estatísticas.

A probabilidade encontra, assim, como critério extremo, como limite intransponível, a possibilidade. Conforme Fabio Roberto D’Avila (2007, p. 38), sequer se cogita a existência do perigo, “seja qual for a sua forma, se, em uma análise *ex ante*, for constatado, de pronto, a impossibilidade de dano ao bem jurídico”.

A probabilidade, por sua vez, encontra-se em um patamar mais forte em relação à possibilidade, ou seja, há uma situação de real potencialidade para que o evento ocorra, excluindo a eventualidade. Dessa forma, a situação torna-se provável, ao passo que a simples possibilidade também admite o improvável. (SILVA, 2003, p. 54).

De acordo com Bettioli, citado por Luiz Regis Prado (BETTIOLI *apud* PRADO, 2012, p. 136), “o dano é a efetiva lesão de um bem jurídico, o perigo é uma probabilidade de dano, é uma acentuada probabilidade de lesão”.

A probabilidade não é definida em termos matemáticos, vale dizer, ultrapassado o limite de cinquenta por cento, ela estaria configurada. É necessário que haja uma “densidade acentuada, significativa para o implemento do evento”. (SILVA, 2003, p. 54).

Conforme esclarece Darcie (2010, p. 45), a inserção da probabilidade matemática na seara do Direito, de natureza inexata, não representa nenhuma contribuição para a elucidação sobre o grau do perigo penalmente relevante.

Isso porque “a total impossibilidade de dominar o conhecimento das chamadas leis causais impede que se possa determinar com precisão quando um perigo transcenderá a *red line* e passará a ser penalmente relevante”. (DARCIE, 2010, p. 45).

Para a solução de tal problema, Darcie (2010, p. 46-47) propõe que, junto a um juízo quantitativo, seja considerada uma necessária valoração acerca do aspecto quantitativo de perigo verificado. Para tanto, esclarece que o risco permitido¹⁹ deve ser utilizado como determinação de perigo penalmente relevante.

No tocante ao risco permitido, Sánchez (2013, p. 52-53) aduz que

[...] o modelo da pós-industrialização resulta, desse modo, diretamente contraposto ao da sociedade do desenvolvimento industrial do século XIX e provavelmente da primeira metade do século XX. Realmente, a industrialização, no âmbito da dogmática jurídico-penal, havia trazido consigo a construção do conceito de risco permitido como limite doutrinário (interpretativo) a incriminação de condutas, assim como a determinação de seu alcance básico. Em linhas gerais, a ideia era a seguinte:

¹⁹ Para Bottini (2010, p. 58), o conceito de risco permitido “representa o limite de risco que deve ser assumido como norma para atividades voluntárias, a partir do qual a sociedade pode estabelecer um *trade-off* entre riscos e benefícios”.

a coletividade há de pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotam as máximas medidas de segurança nem empregam materiais de máxima qualidade.

Segundo Darcie (2010, p. 47), o conceito de risco permitido tem origem na segunda metade do século XIX, devido a acontecimentos danosos ocorridos no âmbito da indústria alemã. Diante de súbitos avanços tecnológicos e a utilização cada vez maior de condutas arriscadas, a dogmática jurídico-penal verificou que determinadas condutas lícitas e socialmente necessárias detinham um potencial de lesão intrínseco à sua existência.

Diante da imprescindibilidade social de certas atividades, mesmo diante dos perigos que ostentam, os riscos passam a ser admitidos no universo social.

Disso, segundo Darcie (2010, p. 47),

[...] decorre a impossibilidade de o Direito Penal, em razão de sua natureza de *ultima ratio*, incriminar condutas que ofendam bens jurídicos através da materialização dos riscos tolerados pela sociedade, dos quais ela não pode nem quer prescindir, associados que estão a conquistas civilizacionais e a modelos de desenvolvimento.

Dessa forma, de acordo com Daniela de Freitas Marques (2008, p. 360),

[...] o risco permitido, inicialmente, torna a conduta proibida, conduta permitida, isto é, torna a ilicitude penal, lícita. No entanto, ao contrário da conduta proibida, não precisa ser exaustiva e taxativamente previsto. O risco assenta-se na cultura e na história de cada comunidade e de cada sociedade e, portanto, é mutável porque agregado aos valores.

Conforme já visto, a possibilidade do dano funciona como limite, critério extremo, da probabilidade. Entretanto, é um conceito muito amplo, que não se basta. O risco permitido, dessa forma, no entender de Darcie (2010, p. 49), ficaria “precisamente no espaço compreendido entre o possível e o penalmente relevante”.

Assim, “a imputação penal apenas será factível quando a conduta perigosa transpuser os níveis do risco permitido”. (DARCIE, 2010, p. 49).

Para o referido autor, a mensuração do risco permitido deve ser feita com base na disposição da sociedade em tolerar determinadas condutas. Para Darcie (2010, p. 50-51),

[...] essa “disposição” deve ser compreendida como um juízo de conformação social que se estabelece a partir da ponderação da importância do bem jurídico e da utilidade social, socioeconômica e sociocultural da atividade arriscada, conjugados com a possibilidade do controle desse risco; juízo este que deverá orientar o legislador, na elaboração dos tipos penais, e o aplicador da lei, na delimitação do ilícito penal.

No primeiro ponto, a importância do bem jurídico, na citada ponderação, fica patente quando verificamos os níveis de perigo tolerados no âmbito da regulação da energia nuclear (vida) e patrimônio. Mesmo havendo uma pequena probabilidade de perigo no manuseio atômico, a tolerância aos riscos é bastante restrita, pois pode significar a erradicação da vida na Terra. No tocante ao segundo item, quanto maior for a utilidade social de determinado produto, por exemplo, maior será a tolerância ao grau de risco permitido. Em relação à utilidade socioeconômica, quanto maiores as vantagens adquiridas para a comunidade nos aspectos sociais e econômicos, advindas de uma conduta arriscada, maior será a tolerância a essa conduta. Da mesma maneira, ocorre em relação às atividades socioculturais. Tais aspectos devem ser ponderados com o grau de controle dos riscos, no sentido de que quanto maior for o controle desses riscos, menor será o grau do risco permitido. (DARCIE, 2010, p. 51-53).

Assim, para se aferir a relevância do perigo gerado por uma conduta, o caso concreto deve ser examinado, não servindo ao Direito os critérios puramente matemático-probabilísticos, devendo ser ponderados, para a devida mensuração do perigo, a importância do bem jurídico-penal e a natureza da atividade desenvolvida. (DARCIE, 2010, p. 54).

A partir dessa definição, vale dizer, dos critérios utilizados para a definição, se determinado perigo é penalmente relevante, Darcie (2010, p. 56-57) indaga como se avalia, em um dado contexto fático que envolve a conduta, se “a probabilidade de ocorrência de um dano/violação ultrapassa os níveis socialmente tolerados, de forma a despertar o interesse do Direito Penal”.

Para o citado autor, a compreensão do juízo do perigo deve ser realizada com uma perspectiva *ex ante*. Para ele, pela própria natureza das coisas, o momento de realização do juízo será sempre posterior à conduta ou à situação perigosa. Entretanto, ressalta “que o fato de o juízo de perigo ser realizado em um momento que sucede a situação de perigo não obsta a que essa valoração seja orientada por uma perspectiva *ex ante*”. (DARCIE, 2010, p. 57-58).

Assim, Darcie (2010, p. 58) entende que,

[...] ainda que do ponto de vista cronológico o juízo de perigo tenha espaço em um momento posterior ao deslinde da situação fática, tratando-se, portanto, de uma valoração *a posteriori*, a perspectiva a ser levada em consideração é uma perspectiva *ex ante*, ou seja, coincidente com a própria conduta.

Para Darcie (2010, p. 60), na realização de tal juízo de perigo, devem ser consideradas “todas as circunstâncias ontológicas existentes no momento do fato,

independentemente de serem conhecidas ou desconhecidas, ordinárias ou extraordinárias”, concepção chamada de juízo *ex ante* de base total ontológica.

Dessa forma, o estabelecimento do grau de probabilidade que interesse ao Direito Penal é determinado pelos critérios do risco permitido. Com base no juízo orientado pelo risco permitido é que, segundo Darcie (2010, p. 63),

[...] se averiguará a intensidade do perigo a ser tutelado pelo Direito Penal. E a partir disso entendemos que a expressão mínima do perigo – sem a qual impensável a ofensa – deverá ser constatada através de um juízo *ex ante* de base total ontológica, onde o indivíduo julgante, trasladando-se no momento do fato, questionará a existência de uma possibilidade não insignificante, à luz do tipo penal específico – o qual, frisamos, deve ser elaborado em conformidade com os critérios do risco permitido -, de ocorrência de um dano.

Conforme D’Avila (2007, p. 37-38), o perigo abstrato, enquanto forma de perigo, é necessariamente uma noção relacional, uma probabilidade de dano ao bem jurídico, e está objetivamente limitado por essa mesma relação. Assim, conforme já exposto, em uma análise *ex ante*, caso haja a impossibilidade de dano ao bem jurídico, não há que se falar sequer em probabilidade.

Assim, a probabilidade também encontrará como critério extremo a possibilidade. Para D’Avila (2007, p. 39), a “simples possibilidade de dano pode não apresentar, muitas vezes, conteúdo de desvalor suficiente para servir de substrato material a uma determinada incriminação”.

Para superar tal questão, o citado autor propõe um critério negativo expresso na noção de não insignificância, vale dizer, um critério que deve ser entendido em termos de significação e não probabilísticos, de acordo com o tipo de ilícito a que está relacionado. Dessa forma, mesmo uma possibilidade remota de dano ao bem jurídico pode ser detentora de um suficiente desvalor para a configuração de um crime de perigo abstrato, como, por exemplo, no âmbito de regulamentação de energia nuclear. (D’AVILA, 2007, p. 39).

Dessa forma, para D’Avila (2007, p. 39),

[...] o critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na ideia de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total – ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *in casu* relevantes, independentemente do seu conhecimento por parte do autor.

Por outro lado, Daniela de Freitas Marques (2008, p. 30-32) entende que o cálculo de possibilidades e de probabilidades submete-se a uma capacidade de racionalização ordenadora e tem como finalidade o afastamento do aleatório, do imponderável, do imprevisível. Para ela, o provável e o possível servem como consolo ao afastar, em certa medida, a álea, a sorte ou o acaso na vida humana. Além disso, as medidas do possível e do provável são a experiência e a observação da vida do homem.

Assim, diante da ausência de controle sobre o destino do homem e sobre o conhecimento, há uma tendência de esgotamento do cálculo de possibilidades e de probabilidades. Dessa forma, mesmo existindo uma ligação à experiência e à observação da vida humana, vinculando-se o perigo ao mero cálculo de possibilidades e probabilidades, a sorte, a álea ou o acaso não podem ser eliminados, mormente em uma sociedade de risco. (MARQUES, 2008, p. 35).

Diante disso, como há uma indeterminação das causas e consequências dos novos riscos, seu cálculo passa a ser inócuo, tendo em vista estes não serem delimitáveis temporal e espacialmente.

Da mesma maneira, para Machado (2005, p. 60):

[...] diante desses riscos, os conceitos de prevenção, previsão e monitoramento antecipado também falham; além disso, com a perda dos limites espaciais, temporais e sensoriais, perdem sentido os padrões de normalidade, os procedimentos de medição de riscos e, portanto, a base para o cálculo dos danos.

Assim, para a referida autora os mega-riscos aboliram os pilares do cálculo do risco, desbancando a crença na infalibilidade dos cálculos estatísticos e na sua ideia de segurança. (MACHADO, 2005, p. 61).

Para Bottini (2010, p. 248-249), o órgão acusador deve demonstrar a periculosidade *ex ante* da conduta, ou seja, a tipicidade somente se verifica quando é demonstrada, no curso da ação penal, a relevância da conduta e sua antijuricidade. Para referido autor, o intérprete deve, no caso concreto, aferir a periculosidade da conduta realizada. Dessa forma, para Bottini (2010, p. 250),

[...] o legislador tem a responsabilidade de fixar marcos legais genéricos, por meio dos crimes de perigo abstrato, que indicam condutas com alto potencial de periculosidade, mas cabe ao aplicador da norma a apreciação dos riscos no caso concreto, a avaliação de sua relevância, e a decisão sobre a incidência ou não do direito penal.

O mesmo autor aponta como exemplo o afastamento científico da periculosidade da conduta, ocorrida após a prática da ação proibida pela lei penal. Neste caso, para Bottini (2010, p. 246),

Se a antijuridicidade material de uma conduta, nos crimes de perigo abstrato, é atrelada unicamente aos riscos inerentes a ela, a constatação da inocuidade da conduta, da ausência de perigo potencial, pela comunidade científica, afastará sua periculosidade e, conseqüentemente, a tipicidade.

Essa última posição, que evita a penalização de condutas nas hipóteses de ausência de perigo, abstrato ou potencial, em face dos bens jurídicos protegidos, é a que melhor se coaduna a um modelo democrático de Direito.

3 BEM JURÍDICO

Juarez Tavares (2002, p. 181) explicita ser praticamente impossível conceituar exaustivamente bem jurídico. Segundo o referido autor,

[...] a questão do conceito do bem jurídico, como fundamento da incriminação, não pode deixar de ser o resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção. Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

O citado autor, ao analisar a visão crítica²⁰ do bem jurídico, continua a lecionar no sentido de que o bem jurídico é um valor, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, que “condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo”. (TAVARES, 2002, p. 199).

Dessa forma, para Tavares (2002, p. 199),

[...] são inválidas normas incriminadoras sem referência direta a qualquer bem jurídico, nem se admite sua aplicação sem um resultado de dano ou de perigo a esse mesmo bem jurídico. A existência de um bem jurídico e a demonstração de sua efetiva lesão ou colocação em perigo constituem, assim, pressupostos indeclináveis do injusto penal.

A ideia do bem jurídico defende assim, em última instância, a pessoa humana, que é o objeto final da proteção da ordem jurídica. Diante disso, somente como objeto referencial de proteção à pessoa é que o bem jurídico pode ser entendido, já que nessa condição é que insere como valor, na norma²¹.

O seu conceito está atrelado, portanto, ao conceito de dignidade humana, no sentido de que bem jurídico deve ser entendido como todo elemento fundamental para o livre desenvolvimento do indivíduo, inserido em um sistema social voltado para a autodeterminação, garantida da liberdade democrática e da pluralidade²².

O conceito de bem jurídico possui a característica de ser maleável, tendo em vista o fato de que para a sua caracterização, como conteúdo material do injusto penal, há a exigência

²⁰ A visão crítica do bem jurídico, de Claus Roxin, será estudada no item 3.2.1 do presente estudo.

²¹ Nesse sentido, vide Tavares (2002, p. 199).

²² Nesse sentido, vide Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 178).

de que a identificação de condutas penalmente relevantes seja precedida por um debate sobre os interesses sociais em jogo e sua necessidade de proteção. Esse debate, entretanto, sempre é permeado por interesses de grupos sociais interessados na fixação da pauta do ilícito, flexibilizando, assim, o conceito material de bem jurídico²³.

A criação dos bens jurídicos parte, portanto, da consciência coletiva de um povo em um determinado momento histórico, que emite um juízo de valor sobre determinada situação, posteriormente reconhecido pelo Estado, reconhecimento esse fundador dos bens jurídicos.

No tocante ao Direito Penal, é do bem jurídico que parte a norma incriminadora e, nessa, está contido o tipo, que por sua vez contém a matéria de proibição, ou de comando. Assim, o bem jurídico representa “o ponto de partida na elaboração e na interpretação dos tipos penais”. (VARGAS, 1987, p. 11).

Em razão do grau de intervenção representado pelo Direito Penal, teses foram desenvolvidas com o objetivo de delimitar as situações nas quais seria legítima a intervenção estatal.

De acordo com Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 25-26),

[...] o Estado poderia utilizar sua arma máxima, concebendo-se que um dos institutos criados para tal fim foi o do bem jurídico penal, que, durante toda a sua história, independentemente da concepção adotada, cumpriu uma função de garantia para os indivíduos, na medida em que sempre teve em vista a redução do arbítrio ou subjetivismo do legislador.

Dessa forma, o bem jurídico surge da necessidade de definição de critérios que permitam a limitação material do *ius puniendi* do poder estatal²⁴.

O bem jurídico pode ser conceituado, na ótica de Luiz Regis Prado (2009, p. 44), como

[...] um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

Já para Claus Roxin (2011, p. 184-185), bem jurídico é tudo o que for indispensável para se assegurar a convivência livre e pacífica dos cidadãos como, por exemplo,

[...] a vida, a integridade física e sexual, a liberdade, a propriedade, etc., mas também – como bens jurídicos da coletividade – por ex., uma justiça que funcione, uma moeda autêntica ou um meio ambiente intacto, sem os quais é impossível uma vida juridicamente segura e com saúde.

²³ Nesse sentido, vide Bottini (2010, p. 179).

²⁴ Nesse sentido, vide Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 103).

Nessa visão, bens jurídicos seriam “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades”. (ROXIN, 2011, p. 186).

Sua definição leva a um “conceito pessoal de bem jurídico”, defendido por Hassemer²⁵, segundo o qual bens jurídicos da coletividade só devem ser reconhecidos se, em última análise, servirem às condições de vida dos indivíduos. (ROXIN, 2011, p. 186).

Por sua vez, em sentido contrário, Günther Jakobs²⁶ defende a ideia de que o Direito Penal garante a vigência das normas e não a proteção de bens jurídicos.

Já para Gonzalo D. Fernández (2004, p. 292), bem jurídico “[...] es un valor de relación social, necesariamente conformado por alguno de los derechos humanos fundamentales, reconocidos a la persona o los pueblos por el derecho internacional.”²⁷

Há, assim, uma estreita relação entre a escolha de bens jurídicos passíveis de proteção pelo Direito Penal e a Constituição Federal.

Desse modo, o Direito Penal não pode oferecer proteção a bens jurídicos incompatíveis com os valores constitucionais. Entretanto, nem todo valor constitucional merece ser protegido pelo Direito Penal já que, conforme ensina Cerezo Mir (2009, p. 08),

[...] o reconhecimento constitucional de um bem jurídico não implica, todavia, que deva ser ele objeto de defesa pelo Direito Penal. Este último é considerado pela moderna ciência do Direito Penal como de caráter subsidiário e fragmentário. As sanções penais só devem ser utilizadas quando sejam insuficientes as de outros setores do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, em um Estado Democrático e Social de Direito garantidor dos direitos fundamentais individuais, a proteção penal não é legítima se estiver desacompanhada do pressuposto do bem jurídico com base constitucional, vale dizer, com necessidade social de proteção. Assim, o Direito Penal somente pode atuar quando for indispensável para garantir o desenvolvimento e paz social, além das condições de vida, tendo como pressuposto maior a presunção de liberdade e a dignidade da pessoa humana²⁸.

²⁵ A Teoria Pessoal do bem jurídico, de Winfried Hassemer, será estudada no tópico 3.2.1 do presente estudo.

²⁶ O Funcionalismo Sistemico de Günther Jakobs será estudado no item 3.2.2 do presente estudo.

²⁷ [...] é um valor de relação social, necessariamente formado por algum dos direitos humanos fundamentais, reconhecidos à pessoa ou aos povos pelo Direito Internacional. (tradução nossa).

²⁸ Nesse sentido, vide Prado (2009, p. 61).

Portanto, nem todo bem jurídico requer a tutela penal e nem todo bem jurídico tem de se converter em um bem jurídico-penal. Nesse sentido, Luis Miguel Reyna Alfaro (2003, p. 54) defende a ideia de que

[...] aparece así la necesidad de diferenciar ambos conceptos: bien jurídico y bien jurídico-penal. La diferencia entre ambas categorías se marca en el carácter más restringido que posee este último concepto. El contenido restringido que se concede al concepto bien jurídico se basa en la exigencia de dos requisitos: suficiente importancia social, o merecimiento de protección, y necesidad de protección penal.²⁹

Outro ponto que merece destaque é a distinção entre o bem jurídico e o objeto da ação.

Conforme ensina Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 104),

[...] a noção de bem jurídico trouxe à ciência penal a possibilidade de diferenciar o tipo penal de seu substrato ou objeto de proteção e, assim, compreender os valores aos quais o ordenamento jurídico concede ou não dignidade jurídico-penal, de acordo com a sua ordem axiológica constitucional.

O bem jurídico não pode ser confundido com o objeto da ação, pois não deve ser compreendido no seu sentido essencialmente material, físico, como se fosse uma pessoa ou uma coisa, mas sim em um sentido voltado para as características dessa pessoa e de suas relações, vale dizer, como um valor resultante da vida individual e social, fundamental para o seu desenvolvimento e à sua manutenção³⁰.

Assim, a vida humana, por exemplo, alçada à condição de bem jurídico fundamental, possui um valor, tanto pelo seu lado biológico, quanto e principalmente porque está relacionada à pessoa, categoria primária de todo o sistema jurídico. Já o objeto da ação, no caso, é o próprio corpo humano³¹.

Dessa forma, o objeto da ação é o elemento típico sobre o qual recai o comportamento punível do autor da infração penal. Trata-se, portanto, do objeto real que é atingido pela ação do agente, consubstanciado na realidade concreta normatizada pelo tipo

²⁹ [...] aparece, assim, a necessidade de diferenciar ambos os conceitos: bem jurídico e bem jurídico-penal. A diferença entre ambas as categorias se percebe no caráter mais restritivo que possui este último conceito. O conteúdo de restrição que se dá ao conceito de bem jurídico se baseia na exigência dos requisitos: a suficiente importância social, o merecimento de proteção e a necessidade de proteção penal. (tradução nossa).

³⁰ Nesse sentido, vide Juarez Tavares (2002, p. 202),

³¹ Nesse sentido, vide Juarez Tavares (2002, p. 202).

penal. O objeto da ação, assim, só possui relevância quando a consumação depende de uma alteração da realidade fática ou do mundo exterior³².

Já o bem jurídico, por sua vez, é um valor, não se evidenciando exatamente com o seu substrato, vale dizer, “representa o peculiar ente social de tutela normativa penal”. (PRADO, 2009, p. 43).

3.1 O bem jurídico ambiente

Conforme Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 119),

[...] a introdução do conjunto de bens e valores compreendidos no conceito de meio ambiente no rol de bens jurídicos merecedores de proteção penal deu-se, inicialmente, por influxo da sua incorporação às finalidades do Estado. Isto é, sobretudo a partir da década de 70, verificou-se um amplo movimento de constitucionalização do meio ambiente; em decorrência, as constituições mais modernas passaram a exprimir em seus textos, de maneira taxativa, a necessidade de tutela desse bem.

Portanto, na atualidade, a proteção jurídica do meio ambiente é mundialmente reconhecida, tendo destaque, como particularmente importante, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em junho de 1972, uma vez que permitiu a criação de uma consciência geral sobre o assunto, bem como foi o início de uma nova era no percurso de sua proteção jurídica³³.

Segundo Talden Farias (2009, p. 32),

[...] somente a partir de meados da década de 1960, com a divulgação de dados relativos ao aquecimento global do planeta e à destruição das espécies e com a ocorrência de catástrofes ambientais, como o vazamento do petroleiro Torrey Canyon em 1967 e a ameaça imobiliária contra o parque de Vanoise, na França, é que a sociedade civil começou a gradualmente construir uma consciência ambiental.

A Declaração Universal do Meio Ambiente, aprovada pela referida Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, declarou que os recursos minerais deveriam ser preservados em benefício das gerações futuras, cabendo a cada país regulamentar tal princípio para que esses bens fossem devidamente tutelados. Tal documento foi particularmente importante no sentido de ter sido o precursor da doutrina protetiva, efetuada por meio de

³² Nesse sentido, vide Prado (2009, p. 43).

³³ Nesse sentido, vide Prado (2009, p. 65-66).

normas ambientais mais amplas e efetivas, modelo posteriormente adotado pela legislação brasileira e estrangeira³⁴.

Conforme José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira (2010, p. 117), a Constituição Federal de 1988 sofreu intensa influência da Conferência de Estocolmo e, entre os princípios adotados por essa Conferência, encontra-se o princípio da solidariedade intergeracional, segundo o qual o meio ambiente deve ser protegido para as presentes e futuras gerações.

De fato, a Carta Magna de 1988 prevê, no *caput* do seu art. 225, que:

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

Assim, dentro de uma perspectiva de melhoria da qualidade de vida e de bem-estar social a serem alcançados, é que a Constituição Federal de 1988 cunhou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e indispensável à vida e ao desenvolvimento humano como direito fundamental³⁵.

Prado (2009, p. 72) afirma que, de acordo com o novo texto constitucional,

[...] ficam patenteados o reconhecimento do direito-dever ao meio ambiente ecologicamente harmonioso, a obrigação dos poderes públicos e da coletividade de defendê-lo e de preservá-lo e a previsão de sanções para as condutas ou atividades a ele lesivas. A preservação do ambiente passa a ser a base em que se assenta a política econômica e social (art. 225, § 1º, V, CF).

Além disso, Edis Milaré (2011, p. 136) defende que o direito à qualidade ambiental não estaria enquadrado somente no seio dos direitos fundamentais, mas também estaria inserido entre os direitos personalíssimos, compreendidos como as prerrogativas voltadas à plena realização da capacidade da pessoa humana, na procura da felicidade e na manutenção da paz social.

Dessa forma, o valor maior a ser protegido pela Constituição Federal de 1988, portanto, seria a qualidade de vida, o que fornece certa característica instrumental e personalista à tutela jurídica do meio ambiente.

³⁴ Nesse sentido, vide Farias (2009, p. 32-33).

³⁵ Nesse sentido, vide Prado (2009, p. 71).

Baseado nessa visão, portanto, foi que a Constituição Federal teria elevado como direito fundamental o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e indispensável à vida e ao desenvolvimento da pessoa humana, no sentido de que a valorização da condição humana deve ser pautada no aumento da qualidade de vida, como forma de dar concretude ao seu desenvolvimento enquanto pessoa.

Por meio da Constituição Federal de 1988, há o reconhecimento, como direito fundamental, ao ambiente sadio, como extensão do direito à vida, seja sob o enfoque da “[...] própria existência física e da saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência – a qualidade de vida – que faz com que valha a pena viver”. (MILARÉ, 2011, p. 131).

Compartilhando tal entendimento, Juarez Tavares (2002, p. 218) defende que o meio ambiente, para ser tomado no sentido de bem jurídico, deve ser compreendido “[...] como bem essencial da pessoa humana e sua relação com outras pessoas e com a natureza, e não como bem por si mesmo, protegido e sufragado como interesse exclusivo do Estado e de seu poder de controle”.

Entretanto, há autores que sustentam posição contrária, no sentido de que a tutela do meio ambiente não é baseada exclusivamente em interesses humanos.

Segundo Antônio Herman V. Benjamin (2001, 31-32), nos últimos anos, a ideia de que a proteção penal do meio ambiente não se faz somente em favor do ser humano e das gerações futuras, mas também em nome da natureza em si mesma considerada dá a esta um valor intrínseco, numa visão biocêntrica ou ecocêntrica.

José Rubens Morato Leite e Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira (2010, p. 124) defendem a posição, no sentido de que

[...] a dimensão objetivo-subjetiva do ambiente é a mais avançada e moderna, porquanto repele a proteção ambiental em função do interesse exclusivo do homem para dar lugar à proteção em função da ética antropocêntrica alargada. Pugna essa concepção pelo reconhecimento concomitante de um direito subjetivo do indivíduo e da proteção autônoma do ambiente, independentemente do interesse humano.

Já Bottini (2010, p. 183) reconhece a existência de defensores da autonomia absoluta dos bens jurídicos coletivos, vale dizer, devido à complexidade das relações sociais atuais, seria necessária a criação de bens difusos, sem relação com os indivíduos que compõe a sociedade.

Entretanto, o mesmo autor esclarece que “a elevação destes interesses à categoria de bens protegidos penalmente pode levar à dissolução do próprio conceito de bem jurídico”. (BOTTINI, 2010, p. 183).

Isso porque o conceito de bem jurídico passaria a ser fluido, difuso, desconstituído de um interesse humano, possibilitando a escolha, assim, de qualquer interesse como digno de proteção penal, hipótese que abalaria a função limite e garantidora que o bem jurídico possui em relação ao poder punitivo estatal.

Dessa maneira, como forma de evitar uma expansão irracional do Direito Penal, é necessário recuperar a essência crítica do conceito de bem jurídico, mormente quando se trata de bens difusos. Tal recuperação somente pode ocorrer se os bens jurídicos, mesmo que de forma mediata, forem garantidores da existência de interesses individuais fundamentais para a concretude da dignidade humana³⁶.

Diante disso, o Direito Penal do ambiente não existe “para proteger os elementos ambientais em si, como elementos autônomos e independentes dos interesses humanos, mas como fatores indispensáveis à vida e à saúde do homem”. (BOTTINI, 2010, p. 187).

A importância dessa visão antropocêntrica está no fato de que, segundo Bottini (2010, p. 191),

[...] a determinação da necessidade de referentes individuais últimos nos delitos de perigo abstrato, mesmo nos casos de proteção imediata de bens coletivos, dota de capacidade crítica a dogmática, permitindo a análise das novas tendências do direito penal, especialmente no que se refere à sua utilização como mero instrumento simbólico para responder aos anseios da população por maior segurança perante os novos riscos.

Para Guilherme Gouveia de Figueiredo (2008, p. 174), a teoria antropocêntrica pura defende a ideia de que “o bem jurídico protegido no direito ambiental não é o meio ambiente por si mesmo, devendo ser entendido como meio (ou instrumento) para a satisfação das necessidades da saúde e da vida do homem”.

Dessa forma, para Figueiredo (2008, p. 175),

[...] no plano dogmático, dificilmente seria sustentável a criação de figuras típicas de perigo abstrato, ou mesmo de resultado (de dano ou de perigo), que tivessem em mira a autônoma proteção do meio ambiente enquanto tal. O mesmo é dizer que só seriam legítimas técnicas de tutela absolutamente subordinadas ao pôr-em-perigo de um bem pessoal, como a saúde humana, ou seja, a afetação – como lesão ou pôr-em-perigo – do bem jurídico ambiental só conduziria à tipicidade da conduta se fosse

³⁶ Nesse sentido, vide Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 185).

possível apreender uma perigosidade da própria conduta para a saúde ou a vida das pessoas.

Portanto, Figueiredo (2008, p. 176) entende que tal situação não ocorreria se fosse adotada uma posição intermediária, qual seja, “empenhada em conciliar a legítima (e direta) proteção de bens jurídicos supra-individuais em uma ‘dimensão pessoal’, presente em todo e qualquer bem digno de proteção pelo direito penal”.

Isso quer dizer que a adoção de um modelo antropocêntrico moderado considera o meio ambiente como objeto de tutela entendido como um valor fundamental para a satisfação das necessidades humanas, mas sem reduzir o direito penal ambiental às modalidades de crimes contra a vida e a saúde das pessoas³⁷.

Assim, absolutamente coerente com a Constituição Federal de 1988 a eleição da pessoa humana como valor principal, dependendo a legitimidade dos bens jurídicos coletivos da existência de interesse das pessoas.

Essas pessoas, no entanto, no entendimento de Figueiredo (2008, p. 178),

[...] devem ser entendidas numa dimensão coletiva (ou comunizada), o que, por sua vez, implica o completo e autônomo acolhimento dos bens jurídicos supra-individuais como interesses de titularidade coletiva – interesses da pessoa humana, entendida como ser social, e, nessa medida, socialmente responsável.

Já Jorge de Figueiredo Dias (2003, p. 155-185) afirma que as concepções exasperadamente antropocêntricas e moderadas dos bens jurídicos coletivos encontram-se superadas, devendo esses ser aceitos como autênticos bens jurídicos universais, transpessoais ou supraindividuais. Para ele, o bem jurídico coletivo ou universal possui como característica o fato de poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo, vale dizer, o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico coletivo residiria nessa possibilidade do gozo.

Entretanto, a posição moderada, também chamada de perspectiva ecológico-antropocêntrica, é a dominante na legislação e na doutrina de vários países. Assim, o ambiente é um bem jurídico autônomo, mas também entendido como espaço vital para o homem no sentido de realização individual e coletiva³⁸.

³⁷ Nesse sentido, vide Figueiredo (2008, p. 176).

³⁸ Nesse sentido, vide Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 120).

Todavia, essa concepção de bem jurídico, tendo em vista o paradigma da sociedade de risco, vem sofrendo uma crise profunda, no sentido de questionar a sua mais importante função, vale dizer, a de legitimar e delimitar o âmbito da intervenção do Direito Penal³⁹.

Isso porque, segundo Machado (2005, p. 107),

[...] os bens de conteúdo amplo e titularidade difusa demandam, para a sua proteção, a operacionalização da tutela de maneira distinta do paradigma tradicional, justamente porque a sua plasticidade torna extremamente difícil a delimitação da causalidade e do dano. Exige-se, portanto, um distanciamento da realização efetiva da agressão, em favor da criminalização formal de condutas supostamente lesivas ou perigosas.

Tal movimento, chamado de desmaterialização⁴⁰ do bem jurídico, teve início durante o modelo do Estado Social, marcadamente no caso dos delitos econômicos, e acentuou-se com as atuais demandas de proteção da sociedade de risco. Dessa forma, as normas penais que sancionam a inobservância de normas organizacionais não estão voltadas ao propósito de efetiva tutela, mas são exaradas devido ao fato de tais violações dificultarem um determinado objetivo do Estado⁴¹.

De acordo com Machado (2005, p. 111), portanto, ensaia-se, assim, a utilização do Direito Penal como alternativa de controle de “condutas danosas a interesses funcionais para o bem-estar da coletividade, notadamente a coesão e a credibilidade do ordenamento jurídico, e de reforço das normas e funções administrativas”.

Diante disso, a tutela dos bens coletivos traz, de modo implícito, “uma propensão a substituir a proteção de bens concretos pela proteção de funções⁴², instituições e modelos de organização”. (MACHADO, 2005, p. 111).

Não se pode admitir, à vista do exposto, a adoção de uma noção de bem jurídico ambiental de maneira totalmente desvinculada dos interesses da pessoa humana. A ideia de bem jurídico deve ser entendida, portanto, sempre ligada, mesmo que de forma mediata, a fatores indispensáveis voltados à concretude da dignidade humana, como a qualidade de vida e a saúde do homem.

³⁹ Nesse sentido, vide Machado (2005, p. 106).

⁴⁰ A desmaterialização do bem jurídico significa uma mudança do conceito de bem jurídico, consistente no seu “distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos – o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido”. (MACHADO, 2005, p. 107).

⁴¹ Nesse sentido, vide Machado (2005, p. 110).

⁴² Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 108) explica, numa ótica defendida por Jakobs, que a aplicação do Direito Penal não seria norteada por meio de bens jurídicos concretos, mas sim pela “vigência das normas direcionadas à proteção das estruturas de funcionamento social”.

3.2 A intervenção do Direito Penal

Segundo Francisco de Assis Toledo (1999, p. 1) o Direito Penal⁴³ estabelece e define o fato-crime, dispõe sobre quem deva por ele responder e também fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas.

O Direito Penal, portanto, é um setor do sistema jurídico que regulamenta a aplicação de sanções às pessoas quando da ocorrência de um acontecimento desagradável⁴⁴.

Conforme Luiz Regis Prado (2012, p. 82), o meio ambiente foi alçado expressamente pela Constituição Federal de 1988 como bem jurídico-penal, vale dizer, deve ser objeto de proteção penal, “eliminando, de modo contundente, qualquer possibilidade de valoração em sentido contrário por parte do legislador ordinário”.

O Direito Penal deve estar presente, então, na proteção de valores que dizem respeito a toda a coletividade, já que estes estão ligados à complicada equação biológica que rege a vida no nosso planeta.

Para Antônio Herman V. Benjamim (2001, p. 29-30),

[...] a norma penal está numa melhor posição, quando comparada com a civil, para enfrentar os riscos ambientais, atuando na fase do perigo, antes que a degradação ocorra. Sabemos que, comumente, a reparação, tendo por pressuposto o dano, opera *post factum*, isto é, quando o meio ambiente já foi atingido, muitas vezes de maneira irreversível.

Nessa linha de pensamento, Danielle da Rocha Cruz (2010, p. 239-240) discorre ser característica de toda legislação ambiental – não apenas a penal – a prevenção de danos ao meio ambiente. Dessa forma, a necessidade de uma lei mais severa estaria fundamentada nesse ponto de vista, mas o Direito Penal tradicional não estaria preparado “para abarcar esse novo modelo de proteção de bens jurídicos supraindividuais, sendo necessária a reinterpretção de alguns dos princípios penais garantistas”.

Por sua vez, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 98) afirma que, “se é com dificuldade que o direito penal busca tutelar o meio ambiente, o que se dirá de outros meios menos contundentes”.

O referido autor continua a defender que o Direito Penal deve ser pensado de forma mais atualizada, desvinculado de um individualismo exagerado e voltado tanto para “[...]”

⁴³ Para Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 53), o Direito Penal é o conjunto de “normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, cem como regras atinentes à sua aplicação”.

⁴⁴ Nesse sentido, vide Bernd Schünemann (2005, p. 10).

tradicionais quanto para novos bens, que, por suas características, só possam ser protegidos de forma eficaz mediante a tutela antecipada, que se traduz na adoção de tipos de ilícito de perigo abstrato.” (SILVA, 2003, p. 101).

Entretanto, o Direito Penal não deve ser supervalorizado. O crime é um fenômeno social complexo que não pode ser vencido por meio de armas exclusivamente jurídico-penais. Dessa forma, os responsáveis pela Administração, o legislador e a opinião pública incorrem em equívoco quando supõem que leis penais mais abrangentes e severas são o meio para resolver o problema crescente da criminalidade⁴⁵.

O crime, portanto, é um fenômeno sociopolítico, decorrente de um conjunto de fatores econômico-sociais, perante os quais o Direito Penal exerce muito influência⁴⁶.

Para Toledo (1999, p. 14-15), o Direito Penal possui como objetivo imediato a proteção de bens jurídicos, de forma subsidiária, ou seja, onde a proteção de outros ramos do direito “[...] possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*.”

Dessa forma, o Direito Penal deve voltar sua atenção somente para alguns bens jurídicos que exigem uma proteção especial. Além disso, essa proteção especial não deve ser de modo a abranger todos os tipos de lesões possíveis.

Isso porque, segundo Toledo (1999, p. 17),

[...] viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam por todos os lados. Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu.

Assim, o bem jurídico é critério limitador na formação do ilícito penal, sendo que a criação de figuras delitivas sem envolver lesão real, ou potencial, a bens jurídicos, seria admitir a punição de um agente pelo seu modo de ser ou de pensar⁴⁷.

Entretanto, ainda há resíduos dessas figuras no ordenamento pátrio, sendo os crimes de perigo abstrato⁴⁸ um exemplo de tipos penais que não exigem lesão real ou potencial ao bem jurídico tutelado⁴⁹.

⁴⁵ Nesse sentido, vide Toledo (1999, p. 5).

⁴⁶ Nesse sentido, vide Heleno Cláudio Fragoso (1993, p. 5).

⁴⁷ Nesse sentido, vide Toledo (1999, p. 18-19).

⁴⁸ O conceito de crimes de perigo abstrato será estudado no item nº 5 do presente estudo.

Fabio Roberto D'Avila (2007, p. 30-31) afirma que a compreensão do Direito Penal como um instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos tem se afirmado ao longo dos anos “como um dos mais importantes legados do pensamento liberal”.

De acordo com tal pensamento, o Direito Penal deve ser compreendido a partir de uma concepção de ilícito que se baseia na ofensa ao objeto de proteção da norma penal, vale dizer, na ideia de dano ou perigo de dano em face do bem jurídico tutelado⁵⁰.

Dessa forma, nessa exata medida, D'Avila (2007, p. 31) afirma que

[...] em plena oposição a compreensões autoritárias do direito penal, construídas a partir da mera violação do dever e da obediência ao Estado, em que a censura penal recai já não mais no fato, mas na figura do autor e na vontade de delinquir, e em que o ilícito penal, expresso no formalismo da mera desobediência aos interesses do Estado, torna-se nada mais que um puro ato de rebelião.

O Direito Penal, portanto, deve ser a *extrema ratio* de uma política social voltada para a dignificação do homem.

Assim, para que o referido ramo do Direito atue, há de se pressupor o insucesso dos outros meios de prevenção e controle social, como a família, escola etc., bem como de outras formas de intervenção jurídica, como o direito Administrativo e Civil⁵¹.

O Direito Penal Ambiental, entretanto, vem tomando uma direção diversa, com o objetivo de pretender oferecer uma ampla tutela aos bens jurídicos ambientais.

Com isso, conforme D'Avila (2007, p. 33), tal ramo do Direito

[...] tem sido marcado por uma forte antecipação da tutela, na qual o demasiado distanciamento entre a conduta e o objeto de proteção da norma tem favorecido, significativamente, a formulação de tipos de ilícitos meramente formais, nos quais a violação do dever passa a ocupar o espaço tradicionalmente atribuído à ofensividade. Daí não surpreender o grande número de crimes de perigo abstrato e dos denominados crimes de acumulação, no âmbito do direito penal ambiental.

Assim, conforme ensinamentos do aludido autor, “vive-se hoje o tempo da política criminal.” (D'AVILA, 2011, p. 93).

Isso significa uma multiplicação de práticas político-criminais pragmáticas e utilitaristas que, sob o pretexto de uma maior segurança da sociedade e de maior combate à criminalidade, assumem custos altamente elevados⁵².

⁴⁹ Confira-se Toledo (1999, p. 19).

⁵⁰ Nesse sentido, vide D'Avila (2007, p. 31).

⁵¹ Nesse sentido, vide Queiroz (2001, p. 125).

⁵² Nesse sentido, vide D'Avila (2011, p. 94).

Dessa forma, os princípios e garantias fundamentais do Direito Penal passam a ser entendidos como meros entraves para o combate à criminalidade⁵³.

Nesse sentido, Francesco C. Palazzo (1989, p. 16) explicita que o Direito Penal é, “[...] por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência [...]”.

Portanto, para Palazzo (1989, p. 17),

[...] existe uma intrínseca e específica politicidade do direito penal que deriva ou da falta de qualquer espaço de autonomia privada ou da natureza privada ou da natureza da soma de bens que este se propõe a tutelar com o aguçado instrumento da pena criminal. Teme-se, em razão disso, o perigo da tentação de um ‘abuso político’ do direito penal [...].

Nesse ponto, a importância do bem jurídico é de justamente limitar a elevação política de uma função do Estado à categoria de objeto de proteção penal.

Segundo Juarez Tavares (2002, p. 222),

[...] da delimitação das zonas do lícito e do ilícito, da qual decorre a proibição ou a imposição de condutas, segue-se a função dos respectivos bens jurídicos, como instrumentos de referência dessa delimitação. A exigência, portanto, de que esses bens venham de fato a sofrer uma lesão ou um perigo de lesão, aferidas essas consequências no plano do real e não apenas do simbólico, constitui um impedimento estrutural à adoção de uma política criminal destinada à proteção de funções.

Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 185) esclarece que grande parte da doutrina propõe a manutenção do enfoque garantista, vale dizer, a “aplicação dos instrumentos penais de atribuições de responsabilidade às novas realidades deve se restringir aos casos em que há compatibilidade com seus princípios básicos”.

Nesse sentido, Gonzalo D. Fernández (2004, p. 290) afirma que a teoria do bem jurídico “[...] es un instrumento garantista y que el uso adecuado de ella configura una herramienta de primera importancia para el modelo del derecho penal mínimo, tendiente a reducir al mínimo indispensable el uso social de la práctica punitiva.”⁵⁴

Dessa forma, de acordo com José Francisco Dias da Costa Lyra (2012, p. 168), o Direito Penal deve adotar uma política jurídica que

⁵³ Nesse sentido, vide D’Avila (2011, p. 92).

⁵⁴ [...] é um instrumento garantista e que o uso adequado dela configura uma ferramenta de primeira importância para o modelo de Direito Penal mínimo, tendente a reduzir ao mínimo indispensável o uso social da prática punitiva. (tradução nossa).

[...] renuncie à pretensão de controlar o futuro (e os riscos sistêmicos), concentrando-se, portanto, em reagir de forma *a posteriori*, frente a graves violações da ordem estabelecida (que implique a alteração das pré-condições à integração social e viole o discurso social), impondo ao transgressor a sanção como retribuição comunicacional ao seu comportamento.

Por fim, importante citar o autor Hernán H. Malaree (1991), que, ao criticar a irracionalidade do Estado Nacionalista Alemão, demonstra a importância da função do bem jurídico-penal material como forma de se evitar a instrumentalização política do Direito Penal.

Malaree (1991, p. 68) explicita que

[...] la llegada del nacionalsocialismo al poder em Alemania, significó, desde el punto de vista político, la ruptura total con lo que quedaba del primitivo racionalismo iluminista y, por consiguiente, la negación de todos los valores liberales de la revolución burguesa y su reemplazo por la irracionalidad expresada em la exaltación de la nacionalidad y el patrimonio, la superioridad de una raza y la supuesta atribución de un destino histórico al pueblo alemán⁵⁵.

Continua Malaree (1991, p. 70) a discorrer que

[...] en el ámbito jurídico y concretamente em el penal, significó una crítica radical de todas las doctrinas que se supusiera que tenían una vinculación con el individualismo iluminista, lo que dio lugar a una reformulación de la teoría penal a partir de la nueva concepción de Estado, eliminando o postergando todos aquellos aspectos que pudieran significar algún límite a la acción de dicho Estado⁵⁶.

Caso o sistema penal seja reduzido à função de reafirmar a vigência da norma e não adotado como proteção subsidiária de bens jurídicos penalmente relevantes, fica suscetível e maleável a qualquer tipo de política criminal⁵⁷.

Fundamental, pois, estudarmos a repercussão do alcance do entendimento de bem jurídico, de acordo com algumas das principais correntes doutrinárias, já que seu papel possui ligação direta com as funções que se atribuem ao Direito Penal.

⁵⁵ [...] a chegada do nacional-socialismo ao poder na Alemanha significou, desde o ponto de vista político, a ruptura total com o que restava do primitivo racionalismo iluminista e, por conseguinte, a negação de todos os valores liberais da revolução burguesa e sua substituição pela irracionalidade expressa na exaltação da nacionalidade e no patrimônio, na superioridade de uma raça e na suposta atribuição de um destino histórico ao povo alemão. (tradução nossa).

⁵⁶ [...] no âmbito jurídico e concretamente no penal, significou uma revisão radical de todas as doutrinas que se supunha teriam uma vinculação com o individualismo iluminista, o que deu lugar a uma reformulação da teoria penal a partir da nova concepção de Estado, eliminando ou postergando todos os aspectos que poderiam significar algum limite à ação do citado Estado. (tradução nossa).

⁵⁷ Nesse sentido, vide Lyra (2012, p. 168).

3.2.1 A concepção crítica de bem jurídico de Claus Roxin e o conceito pessoal de bem jurídico de Winfried Hassemer

Claus Roxin (2009, p. 16) parte da afirmação de que “[...] as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal”.

O Direito Penal, portanto, possui como função garantir aos cidadãos uma existência livre, pacífica e socialmente segura, sempre que essas metas não possam ser alcançadas por meio de outras medidas político-sociais que influenciem em menor escala a liberdade.

Dessa forma, o Direito Penal não é necessário “[...] quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas”. (ROXIN, 2006, p. 33).

Assim, para Roxin (2009, p. 17),

[...] a ideia que se subentende a esta concepção é que deve se encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível. Estes ideais de nossa tradição liberal ilustrada não saíram de moda em absoluto, eles devem de preferência seguir sendo defendidos frente às novas tendências de origem diferente, restritivas da liberdade.

Isso significa que em um Estado Democrático de Direito devem ser garantidos, por meio de instrumentos jurídico-penais, tanto as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante, como também as instituições estatais adequadas para este fim, como, por exemplo, uma administração da justiça eficiente, um sistema monetário saudável etc.

Todos esses objetos legítimos de proteção das normas, o referido autor denomina de bens jurídicos. Dessa forma, são circunstâncias reais dadas, mas que não precisam de realidade material, bastando haver poder de disposição sobre os bens materiais. Tal conceito de bem jurídico não pode ser limitado a bens jurídicos individuais, abrangendo também bens jurídicos da generalidade, desde que sirvam definitivamente ao cidadão do Estado em particular⁵⁸.

A referida noção de bem jurídico, então, pode ser derivada historicamente da concepção de contrato social, desenvolvida pela teoria do Estado do Iluminismo, onde grande parte dos cidadãos transfere ao Estado uma parcela do poder de punir suficiente para uma

⁵⁸ Nesse sentido, vide Roxin (2009, p. 18-19).

convivência pacífica e livre, limitando, assim, o poder punitivo estatal, já que este não poderia ultrapassar esse limite transferido.

Para Roxin (2009, p. 20), esse é um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, “[...] na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima”.

Referido conceito, dessa forma, impõe limites ao legislador ao inadmitir a existência de normas penais que atentem contra Direitos Fundamentais, que se baseiem na simples descrição da finalidade da lei, tenham um caráter meramente simbólico⁵⁹, proíbam os simples atentados contra a moral, sancionem condutas conscientes de autolesão, criminalizem a proteção de sentimentos (à exceção de sentimentos de ameaça), dos tabus, ou busquem a tutela de objetos cuja abstração seja impalpável, em face da não descrição suficiente de um bem jurídico concreto⁶⁰.

Ressalte-se a importância da discussão sobre a necessidade de complementação do conceito personalista de bem jurídico para abranger outros bens, como o meio ambiente.

Roxin (2011) defende a posição de que a ideia do contrato social deve ser estendida à proteção de bens jurídicos das gerações futuras, bem como deve ser estendido o conceito de bem jurídico para que compreenda também a natureza. Isso não significa, entretanto, que toda intervenção na natureza deverá ser considerada punível. Deve haver, pois, uma ampliação do contrato social às gerações futuras, mantendo-se a referência a interesses humanos. Assim, o referido autor complementa o conceito de bem jurídico por ele defendido, deixando claro que o Direito Penal só pode intervir nessas duas exceções citadas em último caso, “[...] uma vez que disposições administrativas e multas contravencionais serão sanções em regra suficientes”. (ROXIN, 2011, p. 208).

Para Winfried Hassemer (2007, p. 103), “[...] una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado”.⁶¹

Entretanto, para o mesmo autor, o princípio do bem jurídico não pode responder “[...] sozinho à questão do merecimento de pena e que ele é ambivalente, podendo, de acordo com a situação histórica da legislação penal, ser favorável tanto a uma criminalização, como a uma descriminalização.” (HASSEMER, 2011, p. 17-18).

⁵⁹ Para Roxin (2011, p. 187-188), leis penais simbólicas são “aquelas que, primariamente, não previnem danos, mas querem demonstrar um compromisso do legislador com determinados valores ou finalidades, não punem lesões a bens jurídicos”.

⁶⁰ Nesse sentido, vide Roxin (2009, p. 20-23).

⁶¹ “[...] uma proibição de uma conduta sob uma ameaça penal, sem uma referência a um bem jurídico, afirmaria o terrorismo de Estado. (tradução nossa).

Assim, a violação a um bem jurídico é pressuposto necessário, mas não suficiente, por si só, para a criminalização desse comportamento. A essa violação devem ser contrapostos princípios que atuam como limitadores da punibilidade, como os da subsidiariedade, da danosidade social, respeito da dignidade humana, direito penal do fato e da taxatividade da lei penal⁶².

O Direito Penal moderno passou a criminalizar essencialmente delitos de vítima diluída. Isso quer dizer que o legislador passou a atuar de modo regulador em face da economia, meio ambiente etc., mormente por meio dos crimes de perigo abstrato, hipótese que significa, segundo Hassemer (2011, p. 19),

[...] o empobrecimento dos pressupostos de punibilidade: ao invés de uma vítima invisível, ao invés de um dano e da causalidade da conduta para a produção desse dano, depende-se somente da comprovação de um comportamento perigoso. Sob o ponto de vista do bem jurídico, isso significa uma diluição do conceito: a palavra de ordem não é mais a proteção de interesses humanos concretos, mas sim a proteção de instituições sociais ou unidades funcionais valiosas.

Dessa forma, Bottini (2010, p. 100) esclarece que

[...] Hassemer parte da constatação de que o direito penal atual, procurando minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos, altera substancialmente seus conceitos dogmáticos: logo, afasta-se de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social, e se torna um instrumento em busca do controle dos grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente, da saúde pública, da ordem econômica e da política exterior, dentre outros.

Segundo Luís Greco (2011, p. 16-17), Hassemer critica severamente o Direito Penal moderno, por afastar-se cada vez mais do seu modelo ideal. Tais críticas concentram-se em quatro aspectos, quais sejam, a criação de novos bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual; a incriminação de meros perigos abstratos; os déficits de implementação do Direito Penal moderno, ou seja, impossibilidade de enfrentamento das novas tarefas, e a perda das garantias que caracterizam o Direito Penal do estado de direito.

Hassemer, portanto, ao contrário de Roxin, nega os bens chamados de universais como bens jurídicos. Estes seriam interesses humanos que carecem de proteção penal.

⁶² Nesse sentido, vide Hassemer (2011, p. 18).

O referido autor defende, portanto, a concepção pessoal de bem jurídico, no sentido de que a “[...] proteção de instituições só pode ir até onde ela for condição de possibilidade de proteção de pessoas humanas”. (HASSEMER, 2011, p. 21).

Assim, bens jurídicos da coletividade ou do Estado só podem ser aceitos como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos. Dessa forma, “[...] no Direito Penal ambiental, o meio ambiente em si próprio não pode ser entendido como um bem jurídico, mas somente na hipótese de servir como meio necessário aos interesses da pessoa humana, como a vida e a saúde⁶³.

Disso ressai, segundo Hassemer (2011, p. 20), que

[...] em tempos como estes, deve o Direito Penal proteger e resguardar com ênfase os elementos pessoais, pois sua tarefa não é, afinal, a segurança geral ou a diminuição de danos sociais, mas sim a imputação de um crime a uma pessoa e, com isso, a individualização de um problema que sempre também é social. Épocas de alta densidade social são, no Direito Penal, épocas de teorias orientadas para a pessoa.

Caso contrário, na hipótese dos bens jurídicos serem reconhecidos como universais, o Direito Penal corre o risco de ser aplicado como primeira ou única solução, e não como *ultima ratio* na proteção de tais bens jurídicos.

Dessa forma, para Hassemer (2005, p. 364), nos tempos atuais, da “moderna” Política Criminal, a teoria do Direito Penal procura fazer do Direito “[...] a espada contra os ‘grandes transtornos’ na moderna ‘Sociedade do risco’”.

Hassemer aponta a solução para esses problemas por meio de duas vias: o retorno do ideal do Direito Penal clássico e a criação de um chamado Direito de intervenção⁶⁴, um novo ramo do Direito, o qual seria mais flexível que o Direito Penal e menos severo, justamente para tutelar a maior parte dos bens jurídicos coletivos e os delitos de perigo abstrato⁶⁵.

Dessa forma, as normas e princípios que marcam o Direito Penal impedem a sua transformação em um instrumento flexível e superficial de orientação social global. Assim, tal ramo do Direito não deve criminalizar profilaticamente; deve apontar um indivíduo concreto como o causador responsável pelos “transtornos” e, por fim, “deve reparar no fato de que o sistema jurídico-penal pode preservar as vinculações clássicas mesmo sob a pressão da

⁶³ Nesse sentido, vide Hassemer (2011, p. 22).

⁶⁴ Para Marta Rodrigues de Assis Machado (2005, p. 197), Hassemer defende a redução do Direito Penal a um Direito Penal nuclear, afastando-o, dessa forma, da proteção de bens jurídicos supraindividuais em face dos riscos da sociedade moderna. Para tanto, deve haver a criação de um sistema de Direito novo, “livre das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidade; mais apto, portanto, para lidar com as situações da sociedade do risco”, vale dizer, um Direito de intervenção.

⁶⁵ Nesse sentido, vide Greco (2011, p. 17).

modernização, sem as quais pode se tornar perigoso com os seus instrumentos severos principalmente para uma sociedade moderna”. (HASSEMER, 2005, p. 362).

De acordo com Machado (2005, p. 189), Hassemer aponta que essa utilização indevida do Direito Penal vem trazendo sérios problemas, já que seus meios somente são idôneos para resolver poucos problemas, “sob pena de perda da sua tradicional força de convicção”.

3.2.2 O Funcionalismo Sistêmico de Günther Jakobs

Para Jakobs (2010, p. 22), em sentido oposto ao das citadas teorias, os seres humanos estão no mundo social na condição de portadores de um papel, ou seja, “como pessoas que devem administrar um determinado segmento do acontecer social conforme um determinado padrão”.

Jakobs defende a ideia de que o fim da pena é manter a vigência da norma como modelo do contrato social. Dessa forma, para Eduardo Montealegre Lynett (2005, p. 16),

[...] o bem jurídico não é o dano naturalmente perceptível de cegar a vida de uma pessoa ou destruir seu patrimônio, mas sim um conceito normativo: a vigência da norma. Se a sociedade se estrutura através de normas entendidas como ‘esquemas simbólicos de orientação’, e através das quais uma sociedade assinala os aspectos fundamentais de sua configuração, o relevante não é uma lesão externa de uma situação valiosa (v.g., a vida, a propriedade, etc.), mas o significado da conduta: com seu comportamento o infrator expressa (comunica) que para ele não vigem as expectativas fundamentais, senão sua própria concepção de mundo.

Para Jakobs (2005, p. 31-32), a doutrina dominante é no sentido de que o Direito Penal serve para proteger bens jurídicos. Nesse sentido, existiriam bens prévios ao Direito Penal e este serviria para garantir a intangibilidade desses bens. Tal garantia pode ter as mais diversas características, como prevenção especial⁶⁶, na qual se quer evitar que o autor leve a cabo fatos subsequentes; prevenção geral negativa⁶⁷, pela qual deverá haver a intimidação de

⁶⁶ Para Paulo de Souza Queiroz (2001, p. 56), na prevenção especial, “a intervenção penal serve à neutralização dos impulsos criminosos de quem já incidiu na prática de crime, o delinqüente, impedindo-o de praticar novos delitos”.

⁶⁷ De acordo com Queiroz (2001, p. 36), a função da pena, na prevenção negativa, “é a prevenção geral dos delitos, por meio de uma coação psicológica exercitada sobre a comunidade jurídica, a intimidar ou contramotivar a generalidade das pessoas às quais a norma se dirige”.

outros autores potenciais e, ainda, prevenção geral positiva⁶⁸, que considera ser decisiva uma constante punição para fortalecer, na população, a convicção de que os bens são intangíveis.

Segundo Jakobs (2005, p. 33-34), entretanto, o Direito Penal não serve para garantir a existência dos bens jurídicos, mas sim para que as pessoas não ataquem esses bens. Assim, o Direito Penal garante a expectativa de que não se produzam novas ameaças a eles.

Desta forma, o Direito Penal garante a vigência da norma e não a proteção de bens jurídicos, já que é pouco adequado tomar como ponto de referência, em primeiro lugar, a lesão do bem, mas sim buscar tal referência na infração de um papel⁶⁹.

A sociedade é comunicação e as normas são a sua estrutura. Essas, portanto, para Jakobs (2005, p. 48),

[...] são a regulamentação do conteúdo daquelas relações entre pessoas que podem ser esperadas e que com o contrário não se deve contar. Uma vez que se trata das relações entre pessoas, e não somente de um indivíduo e sua situação individual, as normas são um tema social, e sua estabilização é a estabilização da sociedade.

O delito, assim, consiste na desautorização da norma ou na falta de fidelidade ao ordenamento jurídico. O fato delituoso é, portanto, a negação da estrutura da sociedade e a pena é a confirmação da estrutura normativa, vale dizer, a marginalização dessa negação⁷⁰.

O fato, então, é uma lesão da vigência da norma e a pena é a sua eliminação.

No tocante aos crimes de perigo abstrato, Jakobs defende a ideia de que um comportamento deixa de ser permitido quando o próprio Direito o define como não permitido, proibindo tal conduta já por seu perigo concreto ou abstrato, sob a ameaça de pena ou de uma multa administrativa.

Dessa forma, para Jakobs (2010, p. 41),

[...] por meio do estabelecimento da proibição da colocação em perigo – que quando menos é de caráter abstrato -, o comportamento fica excluído do âmbito do socialmente adequado, e se define como perturbação da vida social; isto acontece pela simples realização de um comportamento assim configurado, sem ter em conta o resultado que se produz.

Ainda segundo Jakobs (2003, p. 26),

⁶⁸ Ainda de acordo com Queiroz (2001, p. 40), na prevenção positiva, a pena infunde, “na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”.

⁶⁹ Nesse sentido, vide Jakobs (2005, p. 34-36).

⁷⁰ Nesse sentido, vide Jakobs (2005, p. 50).

[...] a segurança do tráfego de automóveis, o meio ambiente intacto e situações similares não são, evidentemente, estados naturais, mas são os resultantes de certas decisões sociais, e isso significa que quem quiser orientar-se deverá observar a vigência das normas que configuraram essas decisões. Portanto, do que se trata aqui, nos delitos de perigo abstrato, e isso de modo mais claro que no caso dos bens jurídicos clássicos, é da manutenção da vigência da norma, e da manutenção de determinados objetos.

Além disso, não há que se falar em compensação do perigo nas hipóteses de se haver adotado especiais medidas de segurança. Isso quer dizer que as normas de perigo abstrato excluem, de maneira radical, do âmbito do socialmente adequado um determinado tipo de comportamento. Assim, se o agente que executa a conduta não “[...] respeita essas regras jurídicas, seu atuar não se converte em socialmente adequado pelo fato de que o comportamento incorpora elementos destinados a compensar o perigo”. (JAKOBS, 2010, p. 44).

Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho (2002, p. 110) bem resumem o princípio fundamental da teoria da imputação objetiva de Jakobs, qual seja:

[...] o mundo está ordenado de modo normativo, com lastros em relações de competência, e o significado de cada comportamento depende de seu contexto social. Em síntese: é preciso delimitar comportamentos socialmente adequados daqueles que são socialmente inadequados. Só através dessa fixação de parâmetros é possível determinar qual o comportamento exigível de uma pessoa em dado contexto. E se a pessoa não cumpre tal exigência, seu comportamento adquire um significado delituoso.

Dessa forma, os comportamentos delituosos são definidos “[...] a partir da ideia de que apenas os comportamentos perigosos *ex ante* podem ser penalmente desvalorados”. (PRADO; CARVALHO, 2002, p. 110).

Diante disso, a depender da finalidade dada ao Direito Penal em um determinado contexto e época é que seria conferido o conteúdo da valoração para a criação de tipos penais, sem levar em consideração categorias pré-jurídicas para tais definições.

O decisivo, portanto, é a “[...] autoconservação do sistema, de forma que mesmo o princípio material de justiça do respeito à dignidade humana não estaria a rigor entre as premissas desse sistema”. (PRADO; CARVALHO, 2002, p. 121).

Assim, para Prado e Carvalho (2002, p. 124),

[...] na construção jacobiana, tudo se contempla a partir da perspectiva do sistema dominante – que orienta a criação dos critérios de imputação – enquanto para Roxin o importante é edificar um sistema orientado a valores, que concilie as garantias formais e materiais do Direito Penal.

Dessa forma, a tese do funcionalismo defendida por Jakobs é perigosa para o resguardo dos direitos e garantias fundamentais, tendo em vista o fato de que o agente é punido porque agiu de forma contrária à norma e de forma culpável, sendo tal norma o resultado de uma abstração social. O indivíduo somente passa a ser uma pessoa por meio da qualidade de portador de uma função e os princípios para a imputação ficam completamente à disposição do legislador ou ao livre critério de uma determinada teoria do sistema⁷¹.

A referida proposta leva, inexoravelmente, a um Estado absolutista. Quando Jakobs afirma que, em casos excepcionais, o Estado de direito deve cumprir a sua função de proteção e que está legitimado em razão da necessidade, alguém deve julgar essa necessidade e esse alguém não pode ser outro que não o soberano.

Assim, para Zaffaroni (2007, p. 163),

[...] o Estado de direito concreto de Jakobs, deste modo, torna-se inviável, porque o seu soberano, invocando a necessidade e a emergência, pode suspendê-lo e designar como inimigo quem considerar oportuno, na extensão que lhe permitir o espaço de poder que dispõe.

Portanto, é fundamental ter em mente que o modelo ideal de Estado de direito é sempre necessário para orientar toda e qualquer ação jurídica de contenção do avanço do Estado de polícia⁷².

O Direito Penal, portanto, nunca pode ser neutro, vale dizer, deve ser sempre parcial, no sentido de fortalecer a contenção de movimentos ou impulsos absolutistas, fundamentados em nome de uma maior segurança da sociedade.

⁷¹ Nesse sentido, vide Prado; Carvalho (2002, p. 127).

⁷² Nesse sentido, vide Zaffaroni (2007, p. 167).

4 O PODER DE PUNIR ESTATAL E OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LESIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

De acordo com Zaffaroni (2007, p. 169), “os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia⁷³, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto.”.

Segundo o mesmo autor, “[...] referir-se a um direito penal garantista em um Estado de direito é uma redundância grosseira, porque nele não pode haver outro direito penal senão o de garantias”. (ZAFFARONI, 2007, p. 173).

Nessa ótica, o direito de punir do Estado, diante do cometimento de delitos, tem obrigatoriamente que se alicerçar nos princípios da legalidade, da lesividade e da proporcionalidade, sendo a observância desses pilares irrenunciável em um Estado que se pretenda Democrático de Direito. Tais princípios devem, portanto, ser analisados principalmente como limites a esse poder.

4.1 Princípio da Legalidade

A fonte de produção do Direito Penal brasileiro é a União. Segundo ensinam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2010, p. 114), a Constituição Federal dispõe “ser da União a competência para legislar sobre direito civil, penal, comercial, eleitoral, agrário, marítimo aeronáutico, espacial, do trabalho.”.

De acordo com o inciso XXXIX, do art. 5º, da Constituição Federal, e o art. 1º do Código Penal, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Dessa forma, esclarece Cesar Roberto Bitencourt (1999, p. 40) que:

[...] a elaboração de norma incriminadora é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

⁷³Ferrajoli (2010) explicita que uma das alternativas ao Direito Penal, como sistema de controle social, seria uma sistema de controle estatal-disciplinar, caracterizado pelo desenvolvimento das funções preventivas de segurança pública. Tal sistema é o mais perigoso, pois pode conviver com as democracias modernas. Segundo o mesmo autor, a prevenção em um estado policial ocorreria *ex ante*, “bastando a presença do perigo de futuros delitos, perigo este que pode ser inferido por indícios indeterminados e indetermináveis normativamente”. (FERRAJOLI, 2010, p. 314-315).

Assim, não há como ter uma lei penal sem a intervenção legítima dos representantes do povo, que é a fonte de poder do Estado.

Dessa forma, o princípio da legalidade é, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Por meio da lei, o cidadão tem a segurança jurídica de não ser punido caso não haja uma previsão legal criando o tipo incriminador, vale dizer, definindo condutas proibidas sob a ameaça de pena. (GRECO, 2005, p. 104).

Conforme leciona Nucci (2007, p. 85), existem três significados para a legalidade. No campo político, é a garantia individual contra eventuais abusos do Estado. Já na ótica jurídica, em seu sentido amplo, significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e no sentido estrito (ou penal), “[...] quer dizer que não há crime sem lei que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine”.

Segundo Francisco de Assis Toledo (1999, p. 21), o princípio da legalidade constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais e, por ele, “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva.”.

Já para Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (2011, p.103), o referido princípio, “exigência de cunho político advinda do Liberalismo, é reconhecido como mecanismo de defesa do cidadão por se afigurar como limite ao poder estatal (de um Estado Social e Democrático de Direito).”.

Dessa forma, o princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Diante de tão importante garantia, tal princípio é “[...] um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de justiça, que somente os regimes totalitários o tem negado”. (BITENCOURT, 1999, p. 40).

Assim, Bittencourt (1999, p. 40) defende que

[...] em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

Para Nereu José Giacomolli (2007, p. 156), essa é uma concepção formalista do princípio da legalidade, ou seja, a de que um fato somente será considerado uma infração

penal quando estiver previsto em uma norma legal, “[...] no momento em que foi praticado e, ainda, ao sujeito condenado se aplicará a espécie e a quantidade de pena prevista no tipo penal.”.

Dessa forma, a adoção dessa concepção pode legitimar o Estado a atuar legalmente, mas, ao mesmo tempo, implantar uma política criminal do terror e vingativa, com supedâneo em normas legais.

Por isso, tal conceito não pode ser entendido somente por seu viés formal. Deve, assim, também sair da esfera estritamente formal do *nullun crimen, nulla poena, sine lege*⁷⁴ (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal) propiciador da aplicação do *ius puniendi*⁷⁵, para também atingir, proteger e garantir os direitos fundamentais constitucionais.

Ainda de acordo com Giacomolli (2007, p. 157), o seu significado material encontra-se na sua evolução histórica, isto é, vincula-se à limitação do exercício do poder (inclusive o poder de punir), “[...] à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular legitimadora das normas penais.”.

4.1.1 *Evolução histórica*

A doutrina diverge sobre qual seria a real origem do princípio da legalidade, sendo unânime em apontar, entretanto, que seu marco histórico pode ser atribuído à Época das Luzes, ao tempo da constituição do Estado Liberal, devido às teorias contratualistas e em face de necessária limitação do poder absoluto e incontestável do Leviatã. (RODRIGUES, 2004, p. 144).

Portanto, as origens históricas e políticas do princípio da legalidade estão nos ideais da Revolução Francesa, época do liberalismo político, ideais esses criados como medida para combater o absolutismo.

Era preciso, à época, substituir a vontade do soberano e dos julgadores por uma vontade geral, que deveria estar contida numa norma oriunda do Poder Legislativo, com legitimidade popular. Dessa forma, o cidadão não mais poderia ser um instrumento do poder, do absolutismo monárquico, mas sim um partícipe e controlador deste poder, com direitos e garantias, como, por exemplo, ser submetido à vontade popular e não à do detentor do poder.

⁷⁴Não existe crime nem pena sem lei. (tradução nossa).

⁷⁵Direito de punir do Estado. (tradução nossa).

Por fim, como um ideal democrático, as funções deveriam ser distribuídas entre os órgãos do Estado, não podendo os Poderes Executivo e Judiciário criar preceitos ou sanções criminais.

Dessa forma, Giacomollo (2007, p. 153) disserta que

[...] a origem política do princípio da legalidade vincula-se ao contrato social e assenta suas raízes na ideia de uma razão que harmonize a todas as pessoas, na exclusão da arbitrariedade estatal, na inviolabilidade da liberdade de toda pessoa, e na exigência de dar segurança e certeza ao direito.

O princípio da legalidade surgiu, portanto, para evitar os abusos do absolutismo, adotando a filosofia de que somente as leis podiam decretar as penas aplicáveis aos delitos, residindo tal poder no legislador, que representa a vontade de toda a sociedade, por força do contrato social.

Não obstante, “[...] é inegável que todas essas garantias eram, em sua essência, garantias formais, pois não se questionava o conteúdo substancial do Direito Penal, sua função e seus fins”. (GIACOMOLLI, 2007, p. 153).

No mesmo sentido, Luis Luisi (2003, p. 19) afirma que é a partir da pregação dos teóricos do chamado iluminismo que realmente surge como preceito político o princípio da Reserva Legal, que faz do Estado um instrumento de garantia dos direitos do homem. Dentre esses direitos, está o citado princípio da Reserva Legal, pelo qual “somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável”.

Diversos autores iluministas sustentaram a necessidade de contenção do arbítrio judicial e a conseqüente submissão do juiz à lei. Dentre eles, o que merece maior destaque é Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, pela sua obra “Dos Delitos e das Penas”, de 1764, a qual contém a afirmação de que somente as leis podem decretar as penas para os delitos, representando o legislador toda a sociedade organizada por um contrato social. (LUISI, 2003, p. 19-20).

Somente com a inserção do princípio da reserva legal na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1786, é que tal princípio ganhou relevo e importância, iniciando o processo de sua universalização, com sua adoção na quase totalidade das Constituições políticas e dos Códigos Penais do século XIX. (LUISI, 2003, p. 20).

Giacomolli (2007, p. 154), por sua vez, esclarece que o referido princípio também teve expressão no Código Penal austríaco de José II, em 1787, e no direito geral do território prussiano de 1794.

O princípio da legalidade também foi proclamado na Constituição Norte-Americana de 1774 e a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, possui a seguinte passagem: “[...] ninguém será castigado por atos ou omissões que no momento em que foram cometidos não eram considerados delitos, segundo o direito nacional ou internacional, e tampouco se imporá uma pena mais grave que a aplicável no momento da prática da infração criminal.” (GIACOMOLLI, 2007, p. 154).

Já no século XX, ocorreram algumas exceções ao aludido princípio, como, por exemplo, no Direito Penal da Dinamarca (Código Penal de 1966), que admite a aplicação da analogia para a aplicação da pena. Os Códigos Penais da União Soviética de 1922 e de 1926 também autorizaram a analogia, mas, no ano de 1935, o princípio da legalidade foi novamente inserido no citado país. Situação semelhante ocorreu na Alemanha em 1935, onde era permitida uma punição extralegal baseada no sentimento do povo, com a produção de leis amplas e indeterminadas, sendo o princípio da legalidade reinserido no ano de 1946, após a 2ª Guerra Mundial e a derrota do nazismo. (GIACOMOLLI, 2007, p. 155).

Luisi (2003, p. 21) informa que, em alguns códigos, o princípio da Reserva Legal não está previsto. O autor cita os exemplos dos Códigos Penais da China, da Albânia e da Coreia do Norte, além da Dinamarca e da Groelândia. Entretanto, nesses dois últimos países, o referido princípio possui vigência por meio de decisões judiciais.

Entretanto, “[...] o postulado da Reserva Legal é um patrimônio comum da legislação penal dos povos civilizados, estando, inclusive, presente nos textos legais internacionais mais importantes do nosso tempo”. (LUISI, 2003, p. 21).

De fato, o citado princípio da reserva legal está reconhecido expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos de 1950 e no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966.

Ademais, Giacomolli (2007, p. 155) assevera que a Resolução 45/10 da Assembleia Geral da ONU estabeleceu que:

[...] as medidas não-privativas de liberdade devem estar previstas em lei, e que o poder discricionário é exercido pela autoridade judiciária ou outra autoridade independente, competente em todas as fases do processo, assegurando-se a plena responsabilidade, de acordo com as normas legais.

Em âmbito nacional, o princípio da legalidade foi previsto em todos os Códigos Penais brasileiros, desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984. (GRECO, 2005, p. 104).

A Constituição Federal de 1.988, ao expressamente conter o postulado da Reserva Legal, manteve um princípio já secularmente incorporado ao Direito pátrio, e se aliou às “Constituições e aos Códigos Penais da quase totalidade das Nações, já que o mencionado princípio é uma essencial garantia de liberdade e de objetiva Justiça”. (LUISI, 2003, p. 23-24).

4.1.2 *Características*

Giacomolli (2007, p. 157) esclarece que “a essência da legalidade penal está na legitimidade e na legitimação do exercício do poder de criar a lei e de aplicá-la com um sentido de garantia à cidadania”.

Dessa forma, o critério material do referido princípio é fundamental, no sentido de que “somente o Poder Legislativo tem competência para estabelecer os elementos de uma infração criminal, quais são suas sanções e sua limitação, por meio de um processo legislativo constitucional (art. 59 da CF)”. (GIACOMOLLI, 2007, p. 157).

Assim, o mesmo autor (2007, p. 158) afirma que o princípio da legalidade pode ser entendido, formalmente e materialmente, como

[...] um princípio constitucional, limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a Constituição, limitativo do poder jurídico do órgão acusador, que não poderá transpor as barreiras legais autorizadas do exercício da pretensão acusatória, e limitador do poder jurídico dos Juízes e dos Tribunais, os quais estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais que não existiam no momento da conduta, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais.

Ademais, tal princípio também pode ser entendido no seu caráter formal ou legal e no seu caráter empírico ou fático. Na primeira hipótese, o desvio punível é formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*⁷⁶. Tal condição, de acordo com Ferrajoli (2010, p. 38),

⁷⁶ Não há pena sem crime e sem lei. (tradução nossa).

[...] equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei: o juiz não pode qualificar como delitos todos (ou somente) os fenômenos que considere imorais ou, em todo caso, merecedores de sanção, mas apenas (e todos) os que, independentemente de sua valoração, venham formalmente designados pela lei como pressupostos de uma pena.

Entretanto, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, não basta haver a existência de uma lei isoladamente formal, entendida como “princípio de mera legalidade”, hipótese que acarreta total insegurança social e ausência de garantias aos cidadãos em face do poder punitivo do Estado, já que este fica livre para definir convenções penais referidas diretamente a pessoas e não a fatos, acarretando normas discriminatórias e vagas.

Por tal motivo, o caráter empírico ou fático do princípio da legalidade possui enorme importância, já que a definição legal do desvio de conduta deve ser somente produzida com referência a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*⁷⁷. Dessa forma, além da submissão à lei formal, deve existir o caráter absoluto da reserva da lei penal, ou seja, “[...] apenas se as definições legislativas das hipóteses de desvio vierem dotadas de referências empíricas e fáticas precisas é que estarão na realidade em condições de determinar seu campo de aplicação, de forma tendencialmente exclusiva e exaustiva.” (FERRAJOLI, 2010, p. 39).

Em um Direito Penal observador das garantias e dos direitos fundamentais constitucionais, o princípio da legalidade deve ser entendido nesta concepção, vale dizer, simultaneamente nominalista e empírica, que, segundo Ferrajoli (2010, p. 39), “remete às únicas ações taxativamente indicadas pela lei, dela excluindo qualquer configuração ontológica ou, em todo caso, extralegal”.

Nesse sentido, Ferrajoli (2010, p. 93), aduz que

[...] no primeiro sentido (lato), o princípio da legalidade se identifica com a reserva relativa de lei, entendendo ‘lei’ no sentido formal do ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes, qualquer que seja a formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. No segundo sentido (estrito), identifica-se, ao revés, com a reserva absoluta de lei, entendendo ‘lei’ no sentido substancial de norma ou conteúdo legislativo, e prescreve, ademais, que tal conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado unívoco e preciso, pelo que será possível seu emprego como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas. Disso resulta, assim, a garantia a sujeição do juiz somente à lei.

Hassemer (2005, p. 335), por sua vez, afirma que o princípio da legalidade, na sua configuração atual, possui quatro exigências frente ao legislador, como também frente ao juiz. Do legislador, exige que as descrições do delito sejam feitas do modo mais preciso possível

⁷⁷Não há pena sem crime e sem culpa. (tradução nossa).

(*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não tenham efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Do juiz, exige que as condenações sejam fundamentadas somente por meio da lei escrita e não no Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não faça interpretação ampliada da lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*, chamada de proibição da analogia).

A concepção atual do princípio da legalidade⁷⁸ é obtida no quadro da denominada função de garantia da lei penal que provoca o desdobramento do princípio em exame nos citados quatro princípios. (TOLEDO, 1999, p. 22).

Já Luis Luisi (2003, p. 17-18) defende a ideia que a doutrina moderna desdobra o referido princípio em três postulados. O primeiro seria quanto às fontes das normas penais incriminadoras; o segundo concernente à enunciação dessas normas e o último relativo à validade das disposições penais no tempo. O primeiro dos postulados seria o da reserva legal, pelo qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. O segundo corresponde ao da determinação taxativa e o terceiro ao da irretroatividade da lei.

Concordando com o referido autor, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (2011, p. 103) também entende que o princípio da legalidade desdobra-se nos citados três outros princípios.

Importante frisar que não se pode invocar o direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, podendo operar, entretanto, como causa supralegal de exclusão da ilicitude⁷⁹, de atenuação da pena ou da culpa. Nesses casos, não haveria afronta ao princípio da legalidade por não se estar piorando a situação do agente do fato. (TOLEDO, 1999, p. 25).

A analogia, por sua vez, como forma de suprir lacunas da lei, supõe, para a sua aplicação, a inexistência de norma legal específica. No direito penal, a analogia *in malam partem*⁸⁰ (aplicação ou agravação da pena em hipóteses não previstas em lei, semelhantes às que estão previstas) não pode ser aplicada, tendo em vista a exigência da lei prévia e estrita. (TOLEDO, 1999, p. 26-27).

⁷⁸No mesmo sentido, Rogério Greco (2005, p. 105) explicita que o princípio da legalidade possui quatro funções principais: proibir a retroatividade da lei penal, proibir a criação de crimes e penas pelos costumes, proibir o emprego de analogia para criar, fundamentar ou agravar penas e proibir incriminações vagas e indeterminadas.

⁷⁹Para Bitencourt (1999, p. 288-289), tendo em vista a impossibilidade do legislador de prever todas as hipóteses que as “[...] transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo que passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, inicialmente proibidas, deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supraleais de exclusão da antijuricidade [...]”. Assim, condutas proibidas passam a adquirir aceitação social, legitimando-se culturalmente.

⁸⁰Ruim para a parte. (tradução nossa).

Também é proibido ao legislador penal promulgar leis com força retroativa, já que “[...] uma lei que procura ter validade para um caso que é mais antigo do que ela mesma, é um fantasma do Estado de polícia”. (HASSEMER, 2005, p. 341).

A proibição da retroatividade somente vale *in malam partem*. As leis favoráveis ao acusado podem ser aplicadas retroativamente, pois não abalam a confiança geral na justiça penal como uma instituição de controle social.

Luisi (2003, p. 24), no tocante à taxatividade, informa que o referido princípio expressa a exigência de que

[...] as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por este de técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.

A defesa de uma tese em sentido contrário, ou seja, de um Direito Penal com tipos difusos, indeterminados, abertos, acarreta um Direito Penal autoritário e repressivo, não podendo mais tais características serem aceitas no atual estado de desenvolvimento da civilização. (GIACOMOLLI, 2007, p. 163).

Assim, o referido princípio tem uma índole política como principal fundamento. Isso porque a necessidade de normas penais de teor preciso “[...] decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei”. (LUIZI, 2003, p. 25).

Entretanto, conforme leciona Toledo (1999, p. 29), no estágio atual de nossa legislação, o “ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica”.

Isso porque há uma tendência atual à flexibilização dos princípios penais como resposta aos problemas sociais emergentes. Entretanto, “a taxatividade é inimiga de flexibilidade, de um Direito Penal flexível, aberto ao futuro e capaz de reagir ante quaisquer situações”. (GIACOMOLLI, 2007, p. 164).

Assim, a crescente inflação de leis penais, promulgadas com a falsa ideia de que a criminalização de comportamentos é a solução para todos os males econômicos, políticos e sociais cria a falsa crença de que os cidadãos devem conhecer todas as condutas puníveis, fato

que torna mais importante o incremento e aperfeiçoamento das garantias penais. (GIACOMOLLI, 2007, p. 164).

O referido princípio está expressamente previsto na Constituição Alemã, bem como na Constituição da Nicarágua. No Brasil, é um postulado implícito, decorrente do princípio da legalidade, tal qual na Itália. Em relação a esse país, sua razão inspiradora está presente no espírito de toda a Constituição, “[...] posto que a indeterminação da lei penal o violenta de modo profundo”. (LUISI, 2003, p. 26).

4.1.3 Princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade

Luisi (2003, p. 38) ensina que o Estado, observando a prévia legalidade na criação dos delitos e das penas, pode criar “[...] figuras delitivas iníquas e instituir penas vexatórias à dignidade humana”.

Justamente como forma de dar solução a essa questão, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, determinou que a lei somente pode prescrever penas estrita e evidentemente necessárias. A partir daí, surgiu o princípio da intervenção mínima ou da necessidade, no sentido de que a transformação de um fato em crime só é legítima se constituir meio necessário para a proteção de um bem jurídico. (LUISI, 2003, p. 39).

O princípio da intervenção mínima é um princípio implícito da nossa Constituição e se impõe ao legislador e ao hermenêuta. Conforme Luisi (2003, p. 40),

[...] A Constituição vigente no Brasil diz serem invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, caput), e põe como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, no artigo 1º do inciso III, a dignidade da pessoa humana. Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.

Bitencourt (1999, p. 41) enfatiza que o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*⁸¹, “[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico”.

⁸¹Último recurso. (tradução nossa).

Isso significa que, caso outros meios de controle social ou outras formas de sanção, que não penais, sejam suficientes para tutelar determinado bem jurídico, a sua criminalização não deve ser realizada.

Entretanto, para Bitencourt (1999, p. 42), o referido princípio não tem sido observado pelos legisladores contemporâneos, uma vez que eles

[...] têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal que acaba perdendo sua força intimidativa diante da inflação legislativa reinante nos ordenamentos positivos.

A lei penal não deve ser a primeira opção do legislador para regular os conflitos existentes na sociedade que, pelo atual desenvolvimento moral e ético, sempre estarão presentes. Dessa forma, outros ramos do Direito devem intervir em um primeiro momento, devendo o Direito Penal ser a última hipótese do legislador, somente quando outra solução não exista senão a criação de lei penal incriminadora, com imposição de sanção penal ao infrator.

Dessa forma, a aplicação da norma penal deve ocorrer de forma subsidiária em relação aos demais ramos do Direito, devendo-se abrir mão da opção legislativa penal, caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo. Caso contrário, a punição fica banalizada, tornando-a, muitas vezes, ineficaz. (NUCCI, 2007, p. 70).

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 119), por sua vez, identifica o princípio estudado com o Direito Penal mínimo, que, por sua vez, é

[...] identificado com um caráter subsidiário de tutela penal, respeita a dignidade da pessoa humana, tendo como efeito o fato de esta não ser penalmente constrangida, quando a mais grave forma de intervenção estatal for desnecessária. É princípio constitucional implícito (art. 1º, III, da Constituição) e decorre do caráter fragmentário do direito penal, ou seja, o direito penal contribui apenas parcialmente para a tutela de bens jurídicos.

Já o caráter fragmentário do Direito Penal significa que tal ramo do Direito não deve “[...] sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes”. (BITENCOURT, 1999, p. 43).

O referido princípio da fragmentariedade estabelece, assim, a “[...] a necessidade de que o direito penal assegure a integridade de apenas alguns dos bens jurídicos identificáveis,

justamente aqueles mais relevantes para o homem e a sociedade”. (RODRIGUES, 2012, p. 203).

É de Binding a afirmação de que o Direito Penal não possui um sistema exaustivo de proteção de bens jurídicos, mas sim um sistema no qual apenas uma pequena parte do universo de bens jurídicos e de condutas a eles ofensivas teria a sua atenção. (RODRIGUES, 2012, p. 203).

Para que um bem jurídico seja alçado à condição de bem jurídico-penal, é fundamental que o referido bem seja proveniente de valores que impliquem na proteção da pessoa humana ou que tornem possível sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social e que, além disso, tenha um suporte constitucional, não podendo ser deduzido de uma norma de direito natural e nem de relações sociais por si sós. (RODRIGUES, 2012, p. 204-205).

A Itália editou circulares importantíssimas como forma de orientar os legisladores na elaboração de tipos penais. Na referido país, os critérios recomendados para a criação de normas penais incriminadoras são o da proporção e da necessidade.

Assim, de acordo com Luisi (2003, p. 45),

[...] para que se possa elaborar um tipo penal, dispõe as circulares mencionadas, - é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja a valores fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E por outro lado, é indispensável que não haja outro meio, no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção penal. Ou seja: é preciso que haja a necessidade inquestionável e inalterável de tutela penal.

Entretanto, no Brasil o que se vê é uma “nomomania penal”⁸², vale dizer, uma crescente criação de tipos penais, sem a observância dos referidos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade.

É cada vez mais frequente o uso do Direito Penal como forma de tentar a resolução dos riscos atuais, sem que antes sejam esgotados todos os outros meios de controle social. Dessa forma, além de uma flagrante afronta aos citados princípios, tal medida, mais fácil de ser adotada e em consonância com a política criminal da segurança, faz com que os verdadeiros setores da sociedade responsáveis por inibir ou prevenir tais riscos, não sejam devidamente equipados com o meios adequados para as suas atividades.

⁸²Luisi Luisi (2003, p. 42), ao demonstrar que a legislação penal cresceu desmedidamente a partir da segunda década do século XIX, ensina que “Francesco Carrara, em monografia datada de julho de 1.883, - ‘Unnuovo delitto’, - falava da ‘nomomania ou nomorréia’ penal”.

Além disso, com a crescente inflação criminal, há uma momentânea sensação de segurança por parte da sociedade que, entretanto, tendo em vista a inadequação dos meios criminais para serem usados como meios de gestão de riscos, altera-se para uma crescente sensação de frustração e de desconfiança dos meios e instituições ligados ao Direito Penal.

Para Luisi (2003, p. 130), portanto, esse “[...] quadro faz com que o direito penal se torne cada vez menos fragmentário, e mais ominicompreensivo, – bem vistas as coisas, – é a indicação de uma supressão cada vez maior da área da liberdade pessoal”.

4.2 Princípio da lesividade ou da ofensividade

O princípio da ofensividade, igualmente conhecido como princípio da lesividade, também faz parte dos princípios que informam um Direito Penal Garantista, ocupando um lugar de destaque na defesa dos cidadãos em face do arbítrio do legislador e do aplicador da lei penal. Dessa forma, o referido princípio tem uma forte relação com a teoria do bem jurídico, haja vista que uma conduta somente pode ser considerada penalmente relevante se ofender bens jurídicos de terceiros.

4.2.1 Conceito

Segundo Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires (2011, p. 114), “não há crime sem lei escrita, certa e prévia, e, além disso, sem resultado ofensivo ao bem jurídico protegido pela norma penal”.

De acordo com Greco (2005, p. 54), “os princípios da intervenção mínima e da ofensividade são como duas faces de uma mesma moeda, servindo esse princípio para limitar ainda mais o poder do legislador.”.

Dessa forma, o Direito Penal está impossibilitado de atuar na hipótese de um bem jurídico relevante de terceira pessoa não ter sido efetivamente atacado. (GRECO, 2005, p. 56).

Um fato, portanto, não pode ser considerado um ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) ao bem jurídico tutelado. (PALAZZO, 1989, p. 79).

Nas lições de Pallazo (1989, p. 80), o princípio da ofensividade atua em dois diferentes níveis, a saber:

[...] a nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido constituídos, *in abstracto*, como fatos indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como inofensivos. A nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.

Tal princípio, portanto, é uma indicação tendente a evitar que o sistema penal se afaste das balizas de um Direito Penal da ofensa. A doutrina italiana foi a que mais o sistematizou, e “[...] que bem lhe precisou a autonomia conceitual e o específico significado político-constitucional por intermédio de uma acurada reconstrução das referências normativo-constitucionais que o fundamentam”. (PALAZZO, 1989, p. 80).

Coerentemente, a doutrina italiana demonstrou uma “atitude fortemente crítica no confronto da categoria dos delitos chamados de perigo abstracto ou presumido, embora quase sem nenhuma ressonância no plano legislativo”. (PALAZZO, 1989, p. 81).

O referido princípio consiste na ideia de que toda incriminação deve possuir a finalidade de proteger bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo, vale dizer, a norma deve descrever uma conduta que seja apta a vulnerar um bem merecedor da tutela penal.

Dessa forma, a lesividade se contrapõe à concepção do crime como mera violação do dever. (SILVA, 2003, p. 93).

Já Bottini (2010, p. 205) afirma que o conceito de *nullum crimen sine iniuria*⁸³ 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”.

Assim, não obstante o referido princípio não tenha encontrado ressonância em todas as incriminações existentes nas normas penais e nem tenha sido reconhecido expressamente nos modernos e democráticos ordenamentos constitucionais, não se pode olvidar da sua importância como princípio de garantia, ou seja, com um sentido político e limitador do poder punitivo estatal.

Por sua vez, Silva (2003, p. 94), citando Nilo Batista, enumera as quatro funções principais do princípio da ofensividade, quais sejam:

[...] a primeira consiste em “proibir a incriminação de uma atitude interna”. Por essa função não será possível responsabilizar criminalmente alguém sem que tenha esboçado qualquer conduta que vise a atingir bem alheio, ainda que tenha havido

⁸³Não há crime sem lesão. (tradução nossa).

cogitação (*cogitationis poenam nemo patitur*⁸⁴). A segunda função está em “proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor”, segundo a qual não se devem criminalizar meros atos preparatórios, autolesão etc. A terceira função visa a “proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais”, tratando-se, pois de suprimir o direito penal do autor para dar lugar ao direito penal do fato. A quarta função tenciona “proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”.

Nessa esteira, a melhor opção é a adoção de um Direito Penal regido, em toda a sua dimensão, pelo princípio da ofensividade. Isso possui como significado a eleição de um modelo com característica predominantemente objetiva, pautado na proteção dos bens jurídicos e a correspondente e necessária lesividade. Além disso, constitui uma alternativa garantista a qualquer outro modelo de Direito Penal de cunho eminentemente repressivo ou com postura voltada para a adoção de medidas de precaução em face de possíveis riscos oriundos da sociedade atual.

4.2.2 *Lesividade e Direito Penal*

Ferrajoli (2010, p. 427-428) defende que o Direito Penal deve ser tolerante em relação a toda atitude ou conduta não lesiva a terceiros. Segundo o referido autor, o princípio da lesividade constitui o fundamento axiológico do primeiro elemento constitutivo do delito, vale dizer, a natureza lesiva do resultado. Dessa forma, a absoluta necessidade das leis penais depende da ocorrência de ofensividade a terceiros, em decorrência dos fatos proibidos. Afirma, outrossim, que o referido princípio é um denominador comum de toda a cultura penal iluminista.

A necessária lesividade do resultado condiciona, assim, “[...] toda justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo”, qualquer que seja a sua concepção adotada. (FERRAJOLI, 2010, p. 428).

Por outro lado, o referido princípio “[...] é idôneo para vincular o legislador à máxima kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a (única) tarefa do direito é de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um”. (FERRAJOLI, 2010, p. 429).

D’Avila (2009, p. 57) inicialmente defende a ideia de que a ampliação do Direito Penal e sua atuação em espaços cada vez mais complexos “[...] tem levado a um progressivo distanciamento do ilícito penal em relação aos vínculos objetivos que implicam o reconhecimento da ofensividade como elemento de garantia”.

⁸⁴Os pensamentos não implicam punição. (tradução nossa).

Dessa forma, a ofensividade é uma exigência constitucional de legitimidade do ilícito jurídico-penal, sendo aplicável ao legislador e também ao aplicador da norma penal.

Assim, o ilícito penal é erigido a partir do desvalor que expressa o resultado jurídico, vale dizer, a ofensa a bens jurídicos, tendo o desvalor da ação, portanto, relevância jurídico-penal “[...] apenas entre os fatos detentores de desvalor do resultado, dentre os fatos violadores de um bem jurídico-penal”. (D’AVILA, 2009, p. 77).

Entretanto, para D’Avila (2009, p. 77), mesmo havendo esse distanciamento indevido entre a definição do ilícito penal e o princípio da ofensividade, entendido como ofensa a um bem jurídico, não se deve limitar o Direito Penal aos crimes de dano⁸⁵ e aos crimes de perigo concreto⁸⁶. Os crimes de perigo abstrato⁸⁷, assim, não seriam uma categoria necessariamente desprovida de ofensividade⁸⁸.

Da mesma maneira, para Silva (2003, p. 101), os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que necessitem uma tutela antecipada, como os crimes econômicos e ambientais.

Bottini (2010, p. 228), por sua vez, também entende pela legitimidade dos crimes de perigo abstrato somente caso ostentem um desvalor material, uma periculosidade para os bens jurídicos protegidos. Essa verificação deve ser feita por um juízo *ex ante*, que

[...] compreende uma perspectiva ontológica, realizada por meio de um observador externo, que incorpore os conhecimentos especiais do autor sobre o contexto do risco, e sob uma perspectiva nomológica, que agrega a experiência e o conhecimento geral da época sobre os cursos causais e projeções futuras do risco criado⁸⁹. (BOTTINI, 2010, p. 228).

Entretanto, para Gomes (2002, p. 13), a lógica do Direito Penal da ofensividade não se coaduna com a concepção do delito como violação de um dever ou infração de mera desobediência, “bem como algumas formas (ilegítimas) de antecipação da tutela penal (punição de determinados atos preparatórios, o perigo abstrato etc)”.

Assim, a ofensividade da conduta somente pode ser expressa por meio de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, e não sob a forma de um perigo meramente abstrato, hipótese que contraria a fórmula *nulla lex sine iniuria*⁹⁰.

⁸⁵Os crimes de dano serão estudados no item 5.1 do presente trabalho.

⁸⁶Os crimes de perigo concreto serão estudados no item 5.2 da presente dissertação.

⁸⁷Os crimes de perigo abstrato serão estudados no item 5.2 da dissertação.

⁸⁸Esse tema será mais bem estudado nos itens 5.2 e 6.2 do presente trabalho.

⁸⁹Tal posicionamento será mais bem estudado no item 6.2 da presente dissertação.

⁹⁰Não há lei sem lesão. (tradução nossa).

Por fim, André Luiz Callegari (2007, p. 147), alinhando-se também ao Direito Penal mínimo, esclarece que a antijuricidade deve ser entendida no seu aspecto formal (conduta humana contrária à ordem jurídica), e também no seu caráter material (conduta humana contrária à ordem jurídica, lesiva ou que expõe a perigo de lesão determinados bens jurídicos). Dentro dessa perspectiva é que deve ser verificado o desvalor do resultado da conduta e também a correta e justa medição da pena.

Definitivo, pois, para a definição da legitimidade ou não dos crimes de perigo abstrato é a delimitação precisa do princípio da ofensividade.

Dessa forma, é o princípio da ofensividade que determinará a não tipificação de condutas que não causem lesão ou perigo de lesão a valores com relevância constitucional. Caso haja ofensa, “[...] a maior ou menor gravidade da lesão ao bem jurídico, ou a maior ou menor perigosidade de seu ataque influenciam, decisivamente, na gravidade do fato”. (CALLEGARI, 2007, p. 147).

Essa maior ou menor gravidade da lesão servirá de base, dentro da margem do arbítrio judicial, para a concreta determinação da pena. Nesse ponto, surge a importância do princípio da proporcionalidade, que “[...] obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto da tutela e a consequência jurídica”. (CALLEGARI, 2007, p. 138).

4.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é uma imposição do Estado de Direito e origina-se “[...] na ideia de tutela do direito de liberdade individual em face do *imperium* da Administração num período de transmutação do Estado de Polícia para o Estado de Direito”. (SILVA, 2003, p. 102).

Tal princípio foi consagrado no Direito Administrativo, mas, no início, a ideia de proporção era ligada somente às penas, no sentido de que houvesse uma proporcionalidade entre o mal decorrido do delito e a pena a ser imposta ao agente.

O citado princípio somente alcança projeção no Iluminismo, época na qual amadureceram os pressupostos do Direito Penal moderno, vale dizer, a legalidade, a certeza, a igualdade, a mensurabilidade e a preocupação com o cálculo das penas. (FERRAJOLI, 2010, p. 366).

Greco (2005, p. 82), citando Alberto da Silva Franco, aduz que o princípio da proporcionalidade exige que se faça uma ponderação entre a relação existente entre o bem que sofre a lesão ou é colocado em perigo (gravidade do fato), e o bem de que pode alguém ser

privado (gravidade da pena). Desse cotejo, caso haja um acentuado desequilíbrio, conclui-se que há uma desproporção que não pode ser aceita. Dessa forma, o referido princípio é uma barreira, no sentido de que o estabelecimento de leis (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) não tenham uma estreita vinculação valorativa com o fato delituoso. Assim, o legislador deve apenas prever penas, em abstrato, compatíveis à gravidade do delito e os juízes devem impor penas proporcionais à concreta gravidade da conduta. (GRECO, 2005, p. 82).

Segundo Nucci (2007, p. 73), o referido princípio é implícito, corolário natural da aplicação da justiça, “[...] que é dar a cada um o que é seu, por merecimento”.

André Luís Callegari (2007, p. 138), por seu turno, afirma que o referido princípio, em sentido estrito,

[...] obriga a ponderar a gravidade da conduta, o objeto de tutela e a consequência jurídica. Assim, trata-se de não aplicar um preço excessivo para obter um benefício inferior: se se trata de obter o máximo de liberdade, não poderão ser previstas penas que resultem desproporcionais com a gravidade da conduta.

Dessa forma, deve ser levada em conta a gravidade da conduta, ou seja, o grau de lesão ou perigo em relação ao bem jurídico protegido para justificar a intervenção do Direito Penal.

O citado princípio orienta, para o ordenamento jurídico-penal, a vigência do valor “liberdade”, entendida como autonomia pessoal. Dessa forma, considerando que em um sistema democrático de Direito garantidor dos direitos fundamentais, a liberdade é um dos principais eixos axiológicos, as normas penais só serão legítimas se gerarem mais liberdade do que sacrificam. Caso contrário, serão desproporcionais, por ausência de necessidade da pena, no sentido de que uma medida não punitiva ou uma pena mais branda poderiam alcançar o mesmo fim, até com melhor eficiência. (CALLEGARI, 2007, p. 138).

Assim, para a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, devem ser feitas várias indagações. Em primeiro lugar, se o bem jurídico a ser protegido é constitucionalmente proscrito ou socialmente relevante, já que, se não for, o sacrifício da liberdade acarretará uma vulneração da proporcionalidade. Em segundo lugar, deve ser indagado se a medida prevista em lei é idônea e necessária para alcançar os fins da proteção pretendida. Por fim, “[...] se o preceito é desproporcionado desde a perspectiva da comparação entre a entidade do delito e a entidade da pena”. (CALLEGARI, 2007, p. 144).

Para Silva (2003, p. 103), o referido princípio decompõe-se em três subprincípios: princípio da adequação ou idoneidade; princípio da necessidade ou da exigibilidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro subprincípio revela que a norma deve ter aptidão para satisfazer ao problema que a ensejou, ou seja, deve haver justeza e idoneidade do ato ao fim proposto. O juízo a ser feito deve ser negativo, vale dizer, a norma somente pode ser infirmada caso se mostre inadequada a atingir o objetivo proposto. Além disso, o juízo da adequação deve ser feito em face de uma situação concreta.

O segundo subprincípio informa não ser compatível com um Estado Democrático de Direito uma norma penal que se mostre dispensável ou desnecessária. Tal análise deve ser feita sob o ponto de vista positivo, vale dizer, se tal medida é imprescindível. Deve ser indagado se há outro meio menos gravoso para tutelar a mesma situação.

Já o último subprincípio traduz a necessidade de “[...] aferição do resultado pretendido à luz de um prognóstico de justa medida entre este (o resultado) e o meio coativo”. (SILVA, 2003, p. 105).

Para que seja feita uma consideração do terceiro subprincípio, é fundamental que a medida seja adequada e necessária. Assim, conforme ensina Silva (2003, p. 105), havendo dois meios “[...] igualmente adequados para alcançar-se a consecução de um fim que o direito demanda, figurará como proporcional – pressupondo-se presente a necessidade – aquele que se apresentar como menos gravoso”.

Lenio Luiz Streck (2007, p. 97), por sua vez, possui o entendimento no sentido de que o princípio da proporcionalidade deve ser visto em sua dupla face, ou seja, o referido princípio não trata apenas de uma garantia contra eventuais excessos estatais, mas também das deficiências (omissões) estatais. Dessa forma, o Direito Penal serve para proteger o indivíduo de uma repressão do Estado e também para proteger “[...] a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo”.

Assim, deveria ser feita uma releitura do princípio da proporcionalidade, que não mais pode ser visto de forma unilateral, voltado apenas contra os abusos do Estado, mas sim visto “[...] a partir de uma dupla via: a proteção contra o Estado, naquilo em que ele se excede, e a proteção contra este quando atua de forma deficiente”. (STRECK, 2007, p. 97).

Tal posicionamento, se levado ao extremo, subverte a origem e o fundamento do princípio da proporcionalidade, que também é uma garantia do cidadão em face do poder de punir do Estado. O referido princípio deve ser entendido como princípio de garantia, limitando os ataques do Direito Penal somente nas hipóteses das mais graves ameaças ou

lesões, servindo de orientação aos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima e da ofensividade.

Numa visão mais coerente com um Estado Democrático de Direito (que exige o respeito às garantias e direitos fundamentais), para que seja justificada a perda ou a privação de um direito fundamental, mormente o da liberdade individual, o princípio da proporcionalidade (necessidade) e a justiça exigem a existência de uma ofensa a outro direito fundamental de igual ou maior importância.

Por derradeiro, de acordo com Luiz Regis Prado (2009, p. 98-99), o juízo de valor sobre a importância de um bem jurídico coletivo ou difuso exige a presença de um reflexo na órbita individual ou social para que haja sua ofensa. Tal posicionamento tem como objetivo impedir uma hipertrofia do Direito Penal por meio de uma administrativização de seu conteúdo, na hipótese de uma exagerada importância à ordem coletiva estatal, situação comum a todo Estado de Direito Social. Dessa forma, deve haver algum grau de lesividade individual para que a conduta em face do bem coletivo tenha relevância penal. Por isso, o mesmo autor adverte sobre o perigo que possui a orientação abstrata dos delitos, “[...] pela qual os bens são classificados genericamente (categoria geral de interesse), sem dar a devida atenção ao diferente grau de implicação de tal interesse (bens graduáveis ou calibráveis).”.

Tal orientação possui estrita conexão com o requisito da necessidade de proteção criminal do bem. Isso porque, segundo Prado (2002, p. 99),

[...] não basta que um bem possua suficiente relevância social para vir a ser tutelado penalmente; é preciso que não sejam suficientes para sua adequada tutela outros meios de defesa menos lesivos.

Do exposto ressaí que a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas, por exemplo, administrativamente. A lei penal, advirta-se, atua não como limite da liberdade pessoal, mas sim como seu garante.

Desta forma, após o estudo dos principais princípios garantidores do Direito Penal, fundamental a realização de uma análise crítica a respeito dos crimes de lesão, dos crimes de perigo concreto e, principalmente, dos crimes de perigo abstrato.

5 CRIMES DE LESÃO E CRIMES DE PERIGO

Para fundamentar a interferência do Direito Penal, é de suma importância o estudo dos crimes de lesão e de perigo para a aferição do tipo de resultado que pode ser considerado legítimo em relação ao princípio da ofensividade.

5.1 Conceito

Inicialmente, é de grande importância realizar a diferenciação entre os conceitos de crimes de dano e de perigo e os crimes materiais, formais e de mera conduta.

Para Silva (2003, p. 56), os crimes de dano ou de perigo estão ligados ao bem jurídico protegido, diferentemente dos crimes materiais, que “[...] recebem essa designação por relacionarem-se com o resultado naturalístico previsto no tipo”.

Esse resultado naturalístico ocorre na modificação do mundo exterior, ou seja, no objeto sobre o qual recai a ação. Diante disso, os crimes materiais não se confundem com os crimes de dano.

Toledo (1999, p. 142-143) possui entendimento no mesmo sentido, ou seja, os crimes materiais exigem determinado resultado no mundo exterior, ao passo que os crimes de dano causam lesão efetiva em relação ao bem jurídico protegido.

Assim, para ocorrer a consumação no crime de dano, é necessária a superveniência da lesão efetiva do bem jurídico, ao passo que no crime material ou de resultado, o “[...] fato se compõe da conduta humana e da modificação do mundo exterior por ela operada”. (BITENCOURT, p. 183).

Silva (2003, p. 58) cita um exemplo esclarecedor a respeito dessa diferença:

[...] o crime de lesão corporal com perigo para a vida é material, evidentemente. Quanto ao bem jurídico integridade corporal, há, efetivamente, dano. Não obstante, quanto ao bem jurídico vida, o que ocorre é uma situação de perigo que neste caso deve ser concreto. Aqui a lei penal protege dois bens jurídicos, quais sejam, a integridade física e a vida humana, sendo que para a intervenção penal com relação ao primeiro exige-se o dano, enquanto no segundo basta o perigo. No entanto, o objeto da conduta, ou seja, o objeto sobre o qual recai a ação delituosa, é um só: o corpo humano, mas com ofensa a dois bens jurídicos diversos: a vida (sob a forma de perigo) e a integridade física (sob a forma de lesão).

Ademais, o crime de perigo não é idêntico ao crime formal ou ao crime de mera conduta.

Os crimes formais ou de mera conduta “[...] se contentam com a ação humana esgotando a descrição típica, havendo ou não resultado naturalístico”. (NUCCI, 2007, p. 171).

Nucci (2007, p. 172) afirma existirem doutrinadores que estabelecem diferenças entre esses crimes, quais sejam:

[...] os formais seriam os crimes de atividade que comportariam a ocorrência de um resultado naturalístico, embora não exista essa exigência (reportamo-nos ao exemplo da prevaricação). Os de mera conduta seriam os delitos de atividade que não comportariam a ocorrência de um resultado naturalístico, contentando-se unicamente em punir a conduta do agente (ex: algumas formas de violação de domicílio e violação de correspondência).

Dessa forma, no crime formal, há a previsão de um resultado naturalístico que lhe é indiferente para a sua consumação e no crime de mera conduta não há a previsão de tal resultado no tipo penal.

Silva (2003, p. 60-61) resume os citados conceitos da seguinte forma:

[...] os crimes materiais apresentam um resultado naturalístico relacionado com o objeto da ação, ou seja, com o suporte, substrato material sobre o qual recai a ação; os crimes formais enunciam um resultado previsto no tipo, mas que é desprezado para efeito de consumação do delito; os crimes de mera conduta não exigem nem pressupõem qualquer resultado naturalístico relacionado com o objeto material da conduta; os crimes de dano consumam-se com a efetiva lesão imposta ao bem jurídico; por fim, nos crimes de perigo basta a turbação ao bem jurídico para seu aperfeiçoamento.

Feitas tais diferenciações, Zaffaroni e Pierangeli (2010, p. 483) lecionam que “[...] para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico”.

Dessa forma,

[...] A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano ou lesão e de perigo. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória. Há afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo. Estas duas formas de afetação dão lugar a uma classificação dos tipos penais em tipos de dano e tipos de perigo. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 483-484).

Os conceitos de dano e perigo não são, portanto, puramente naturalísticos.

Para saber se o crime é de dano ou perigo, é necessário considerar se a realização da conduta típica (não o acontecimento em concreto) representa algum dano ou perigo de dano ao bem jurídico, ou o deixa inalterado. (FRAGOSO, 1993, p. 170).

Os crimes de dano somente se consumam com a lesão efetiva de um bem ou interesse jurídico e os crimes de perigo consumam-se com a probabilidade de dano ao bem jurídico. (SILVA, 2003, p. 55).

Assim, a diferença entre eles está na relevância da agressão ao bem jurídico, seja ela causadora de uma lesão ou somente resultante na exposição de perigo do referido bem.

Já Nucci (2007, p. 172) assevera que o crime de dano se consuma com a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, ao passo que o crime de perigo se contenta, para a sua consumação, com a mera probabilidade de existir um dano.

Os delitos de perigo podem, assim, ser divididos em perigo individual, quando a probabilidade de perigo atinge somente uma pessoa ou um número determinado de pessoas; perigo coletivo, quando a probabilidade do dano atinge um número indeterminado de pessoas; perigo abstrato, quando a probabilidade do dano não depende de prova, estando presumido no tipo penal; e perigo concreto, quando a probabilidade da ocorrência do dano necessariamente precisa ser provada. (NUCCI, 2007, p. 172).

Machado (2005, p. 129) assevera que os tipos de perigo se diferenciam dos de dano, pois

[...] retratam uma conduta típica que, para se consumir, prescinde da produção do resultado lesivo ao bem jurídico, implicando simplesmente uma possível ameaça de produção de tal efeito. Ocorre, assim, um claro adiantamento da proteção do bem a fases anteriores à efetiva lesão. Dito de outra maneira, se pensarmos o bem jurídico como uma entidade que comporta várias zonas periféricas suscetíveis de proteção, o delito de lesão atingiria o seu núcleo central, enquanto o delito de perigo situar-se-ia em zonas antecipadas de proteção. Em realidade, pode-se dizer que apenas os tipos de perigo concreto chegam a influir nessas esferas de proteção, pois eles exigem um verdadeiro desvalor de resultado, que consiste, precisamente, na concreta colocação em perigo do bem.

Os crimes de perigo abstrato, por sua vez, possuem “[...] como objeto comportamentos que não se definem em função de uma determinada consequência”. (MACHADO, 2005, p. 130).

5.2 Crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo concreto exigem, para o aperfeiçoamento do tipo, a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado no caso concreto.

Para Silva (2003, p. 68), “[...] consoante a quase totalidade da doutrina, o perigo é indicado no modelo legal, ou seja, constitui elemento do tipo”.

Entretanto, não é necessário que nos tipos penais de perigo concreto exista expressamente a expressão “perigo”, podendo ser substituído por outra técnica de reclamar-se o perigo, como, por exemplo, no crime de gestão temerária, na qual a adjetivação “temerária” revela a exigência do perigo na forma concreta. (SILVA, 2003, p. 68-69).

Portanto, para Silva (2003, p. 71),

[...] os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela exigência de constatar-se o perigo caso a caso e, como afirmamos, têm em regra o perigo indicado no tipo. Em certos casos, mesmo que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto.

Para Fragoso (1993, p. 170), nos crimes de perigo concreto, “a realização da conduta típica traz consigo real probabilidade de dano, de cuja verificação depende a existência do crime”.

Zaffaroni e Pierangeli (2009) entendem não haver, no sentido estrito, tipos de perigo concreto e de perigo abstrato, mas somente tipos dos quais se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico e tipos que exigem uma inversão do ônus da prova, “[...] pois o perigo é presumido com a realização da conduta, até que o contrário não seja provado, circunstância cuja prova cabe ao acusado”. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2009, p. 484).

Bitencourt (1999, p. 182), por sua vez, explicita que o perigo concreto precisa ser comprovado, somente sendo reconhecível por meio de uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano. Já o perigo abstrato não precisa ser provado, tendo presunção *juris et de jure*⁹¹.

A inversão do ônus da prova, a ser exigida naqueles tipos penais nos quais não se exige um efetivo perigo de dano ao bem jurídico tutelado, afronta diretamente o princípio da presunção da inocência. É do Estado o ônus de provar o que alega, na seara penal, não podendo o acusado assumir tal responsabilidade como forma de garantir a sua liberdade. Caso assim não fosse, significaria que a acusação estaria livre de angariar provas do fato, somente precisando fazer uma adequação da conduta ao tipo formal, numa flagrante inobservância ao princípio do ônus da prova, expresso pela máxima *nulla accusatio sine probatione*⁹². Caso o acusado não conseguisse provar a sua inocência, vale dizer, que sua conduta não acarretou em perigo ao bem jurídico protegido, seria sumariamente condenado. Além disso, haveria uma

⁹¹Presunção absoluta, que não admite prova em contrário. (tradução nossa).

⁹²Não há acusação sem prova. (tradução nossa).

afronta ao princípio da proporcionalidade, pois não há paridade de forças e de meios entre o Estado e o indivíduo na produção de provas, sendo muito mais difícil e oneroso ao acusado provar a não ocorrência do perigo de lesão.

Da mesma maneira, não há que se falar em presunção absoluta no âmbito de Direito Penal, em uma cristalina afronta ao citado axioma garantista.

Conforme Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 40), para que haja a realização do tipo de perigo concreto, é necessária a existência de efetivo perigo para o objeto da ação, sendo que a ausência de lesão ao bem jurídico deva parecer meramente acidental. Dessa forma, “[...] o perigo concreto se caracteriza pela ausência casual do resultado, e a causalidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar”.

O crime de perigo concreto, também denominado de concreto pôr-em-perigo é caracterizado como uma situação de significativo desvalor jurídico, em decorrência da alta probabilidade de dano ao bem jurídico. Para D’Avila (2009, p. 110), para a existência do concreto pôr-em-perigo, é necessário que a probabilidade de dano ao bem jurídico seja de tal forma intensa, “[...] que se torne possível falar em uma situação de ‘crise do bem jurídico’, em uma situação em que a continuidade existencial do objeto jurídico de proteção da norma esteja seriamente ameaçada.”

Como exemplo de tal situação, D’Avila (2009, p. 110) cita um caso proposto por Roxin, de um condutor que,

[...] ao fazer uma ultrapassagem imprudente, apenas não se choca com o veículo que trafega em sentido contrário, em razão da destreza do outro motorista que, com sua habilidade, consegue evitar a colisão. Uma situação em que, segundo o autor, apenas por acaso, o resultado danoso não se verifica. E, neste sentido, como se sabe, o reconhecimento do perigo concreto passa a exigir que o bem jurídico tenha entrado efetivamente no raio de ação da conduta perigosa, o que, por sua vez, coloca a necessidade de um duplo juízo de verificação: não só um juízo *ex ante*, mas também um juízo *ex post* de alta probabilidade de dano ao bem jurídico.

Para a caracterização do perigo concreto, a exigência do perigo faz parte do tipo, como elemento normativo, somente havendo consumação do delito com a real ocorrência do perigo para o bem jurídico.

Já no crime de perigo abstrato, “[...] o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva”, sendo a consumação independente da verificação, no caso concreto, de algum perigo para o bem jurídico tutelado. (PRADO, 2009, p. 216).

Lado outro, a definição dos crimes de perigo abstrato não é compatível com o modelo de Direito Penal baseado no princípio da ofensividade, tal como cunhado pelo Direito Penal Clássico.

Luiz Flávio Gomes (2002, p. 21), contrário ao referido modelo de tipificação, entende que “[...] as concepções subjetivas do injusto (puras ou preponderantes), em suma, são as que basicamente permitiram a utilização freqüente da técnica do perigo abstrato, que se inscreve na linha de preferência do denominado ‘Direito Penal do risco’.”.

Assim, de acordo com Gomes (2002, p. 95) o crime de perigo abstrato não deve prevalecer no ordenamento jurídico, uma vez que

[...] a tipicidade penal, portanto, doravante será sempre compreendida em sentido material e garantista e dela faz parte, como requisito explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico, seja na forma de lesão, seja na de perigo concreto. Disso também se infere, obviamente, que o princípio da ofensividade está destinado a funcionar como critério hermenêutico de extraordinário valor, em virtude do qual resulta impossível sancionar penalmente todos os comportamentos que concretamente não chegam a ‘perturbar’ ou afetar o bem consagrado normativamente. Para que um ato humano seja considerado penalmente relevante, mas além da materialização (exteriorização) de uma vontade criminosa, que é exigência do princípio do fato, faz-se necessário um plus, que é precisamente a ofensa (a *iniura*).

Assim, “[...] impõe-se evitar terminantemente qualquer interpretação dos delitos como modelos de mera desobediência ou de perigo abstrato (mera infração da norma imperativa)”. (GOMES, 2002, p. 103).

Nessa esteira, entendemos que os crimes de perigo abstrato violam, frontalmente, o princípio da lesividade, caso este seja entendido na sua ótica tradicional. O modelo do Direito Penal, entendido como garantista e voltado para a ofensividade de bens jurídicos não deve flexibilizar seus princípios em prol de uma gestão de riscos a favor de uma suposta maior segurança da sociedade. O Direito Penal a ser valorizado deve ser aquele voltado para atuar somente em casos de ofensa intolerável ao bem jurídico protegido.

Dessa forma, não havendo a presença de ofensividade na conduta, capaz de ameaçar gravemente o bem jurídico, não deve a pessoa humana ser utilizada como um meio para que o Estado atinja os seus fins político-criminais de segurança. Para isso, devem ser utilizados outros meios de controle social, como o Direito Administrativo e o Direito Civil, por exemplo.

Condutas que não levam sequer algum perigo de lesão a um determinado bem jurídico não podem ser penalizadas por meio da mais drástica sanção estatal existente na vida social, qual seja, a perda da liberdade.

Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira (2004, p. 95), nesse sentido, aduz que para

[...] os ideólogos de um direito penal marcadamente repressivo, destinado ao fortalecimento prioritário do Estado, em detrimento do ser humano e da sociedade, interessa, dentre outras soluções fortes, a punição de delitos de perigo abstrato, que nada mais representam que meras desobediências a normas jurídicas.

A definição típica de tais delitos pode ocorrer pela prática de um comportamento contrário, apenas formalmente, a uma lei, e não a uma conduta realmente lesiva ou com probabilidade para tanto, perigosa para a vida social. (OLIVEIRA, 2004, p. 95).

Assim, para Oliveira (2004, p. 96), aos poucos,

[...] na ânsia de aumentar a protetividade social, rompendo com o sistema do Direito Penal, começou-se a entender que até mesmo resultados remotamente prováveis ou apenas possíveis, segundo um juízo hipotético ou imaginário, deveriam ser considerados como puníveis, desde que apresentassem potencialidade de “causar perigo”.

Também Machado (2005, p. 130) assevera que, nos crimes de perigo abstrato, “[...] o perigo atua como um mero motivo, *ratio* de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo”.

Tais crimes são, na verdade, simples violações a normas de condutas que compõem o *standard* de segurança criado artificialmente pelo legislador. Disso resulta o fato de que comportamentos tidos como inconvenientes a determinado âmbito de atividade são criminalizados como forma de proteger interesses que, entretanto, estão muito antecipados ao núcleo de integridade dos bens jurídicos, não havendo a necessidade de demonstrar a lesividade ou periculosidade da ação ou omissão em relação ao bem protegido. (MACHADO, 2005, p. 130).

Dessa forma, a existência de tipos penais de perigo abstrato deteriora a necessidade de lesão ao bem jurídico como fundamento de orientação e legitimação para a criação de novos tipos penais.

Causa estranheza a existência de um Estado Democrático de Direito, no qual os princípios basilares são a manutenção e o respeito às garantias fundamentais, sendo a privação de liberdade o maior ônus que pode ser suportado por um indivíduo, conjuntamente com a prescrição legal dos crimes de perigo abstrato, desde que não haja um claro e inequívoco potencial de lesividade na conduta, em face do bem jurídico tutelado.

A expansão do Direito Penal é baseada na utilização dos crimes de perigo abstrato “como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco”. (BOTTINI, 2010, p. 119).

São várias as razões enumeradas pela doutrina para a referida proliferação dos tipos penais de perigo abstrato.

A primeira consiste no alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos que podem desencadear graves lesões a bens jurídicos fundamentais, como a energia nuclear, o uso de organismos geneticamente modificáveis, novos medicamentos, etc. Dessa forma, o importante para o Estado seria evitar ou controlar as condutas e não reprimir os resultados, devendo o tipo penal estar voltado à conduta do agente e não ao resultado.

A segunda razão seria a dificuldade da definição do nexos causal derivado da aplicação de novas tecnologias com o resultado da conduta. Assim, tendo em vista a imprevisibilidade no manejo das atividades inovadoras e os seus efeitos desconhecidos, o Direito Penal cria tipos com configurações cada vez mais abstratas e formalistas. Além disso, a citada dificuldade de estabelecer nexos causais resultaria em graves problemas para a definição da responsabilidade penal, uma vez que a massificação das relações de produção, do consumo e das relações interpessoais desconecta os atores sociais do referente pessoal, dificultando sobremaneira a identificação do responsável direto pelo dano causado. Dessa forma, a criação de delitos de perigo abstrato que tipifiquem condutas, muitas vezes inócuas em si mesmas, mas que praticadas em conjunto resultam em situações de risco ou dano, torna-se o meio utilizado para penalizar supostas causalidades genéricas (delitos por acumulação).

Outra razão para a proliferação dos tipos de perigo abstrato é a proteção dos bens jurídicos coletivos. Considerando a abstração desse conceito, o campo de atuação dos delitos de resultado ficaria restrito, tendo em vista a exigência de um titular do bem ou do objeto atacado. Assim, a tutela do meio ambiente seria supostamente maior, haja vista a facilidade de utilização dos crimes de perigo abstrato como forma de inibição de condutas, já que é desnecessário qualquer resultado concreto para a aferição do tipo.

Além disso, a citada proliferação possui íntima relação com os riscos advindos da interação social. As normas de organização de contexto interacional, como, por exemplo, de organização da malha viária, servem para garantir a expectativa de segurança à vida social atual. Nesse sentido, o uso do Direito Penal é pautado como medida de reforço e de inibição do descumprimento das medidas de organização desses ambientes de interação massificada. O Direito Penal deixa de atuar em face de ataques a bens jurídicos, e passa a agir como controle

de manutenção da expectativa de interação, por meio dos crimes de perigo abstrato. (BOTTINI, 2010, p. 119-126).

Dessa forma, percebemos que os motivos principais para a utilização dos crimes de perigo abstrato estão relacionados com uma atuação do Direito Penal voltado para garantir uma pretensa segurança da sociedade por meio de uma gestão de riscos, afastando-se dos seus princípios basilares da legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade.

O risco de viver em sociedade é inerente ao desenvolvimento da raça humana. A utilização do Direito Penal como forma de tentar controlar esses riscos não resultará em um freio ao processo de evolução tecnológica e científica, ou seja, os riscos continuarão a existir e a ser incrementados com o desenrolar natural da sociedade. Para o controle social de tais riscos, deverão ser utilizados outros meios mais eficazes, inclusive baseados na própria tecnologia e em programas governamentais voltados para uma maior fiscalização e punições civis e administrativas para os agentes que não observarem as normas previstas de segurança. O Direito Penal deve, entretanto, diante da realidade do mundo atual, atuar somente nos casos em que tais riscos possam ser comprovadamente perigosos para o bem jurídico que se pretende defender.

No tocante à questão da dificuldade de correlação de nexos causal entre a conduta e o dano ou perigo concreto de dano a bens jurídicos coletivos ou transindividuais, nos crimes cumulativos, não está o Direito Penal autorizado a punir condutas que, isoladamente, não acarretem qualquer perigo para o bem jurídico protegido. Caso contrário, ocorreria uma normatização das condutas, eliminando ou diminuindo os espaços de riscos permitidos, com o incremento de tipificações de crimes de deveres de cuidado. Assim, diante de uma suspeita de que outros agentes também poderiam adotar a mesma conduta, que somadas, causariam algum tipo de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem protegido, não cabe ao Direito Penal tentar impedir tal resultado, tipificando condutas que apenas supõe perigosas.

A expansão dos crimes de perigo abstrato como facilitadores da proteção de bens jurídicos coletivos não deve ser aceita facilmente, haja vista não podemos esquecer a necessidade de existir uma referência, mesmo que implícita, aos bens jurídicos individuais, para tal proteção. Conceitos de bem jurídico que se afastem desse modelo tendem a justificar a aplicação do Direito Penal na proteção da ética, da moral, dos costumes, de uma ideologia, de estratégias sociais, de programas de governo ou mesmo da norma penal em si. Diante disso, caso não haja uma vinculação antropológica ao conceito de bem jurídico, o seu valor como limite ao Direito Penal deixa de existir, tendo em vista a excessiva abstração dos

interesses difusos, o que poderia elevar qualquer tipo de interesse à categoria de digno de proteção penal.

Da mesma maneira, o uso de tipificações de crimes de perigo abstrato, como forma de controlar os riscos advindos da interação social, inegavelmente afasta o Direito Penal da proteção dos cidadãos contra o poder punitivo estatal e, ao contrário, atua como meio de manutenção das expectativas de segurança social e mera proteção em face de violações de normas administrativas, voltadas para o convívio social.

Hassemer (2011, p. 19) também critica veementemente os crimes de perigo abstrato, balizando a proteção dos bens jurídicos sob a ótica do indivíduo. Para o citado autor, o Direito Penal deve ser limitado ao extremo, devendo ser utilizado somente em face de condutas que violem de maneira agressiva os direitos individuais. Assim, o autor entende que o uso do Direito Penal como forma de minimização dos riscos oriundos de uma sociedade de risco criminaliza essencialmente delitos de vítima diluída.

Diante disso, o Direito Penal afasta-se de sua missão principal de tutelar os valores indispensáveis à vida em sociedade e passa a proteger instituições sociais ou “[...] unidades funcionais valiosas”. (HASSEMER, 2011, p. 19).

A moderna política criminal, ao atuar em setores como o meio ambiente, as drogas, a economia, etc., acaba por se afastar dos crimes de lesão e passa a possuir, como forma típica de delito, o crime de perigo abstrato, hipótese que permite uma maior flexibilização nas possibilidades de aplicação da lei penal, bem como são diminuídas as chances de defesa. (HASSEMER, 2008, p. 11).

Tendo em vista que o atual discurso político utiliza o Direito Penal não mais como *ultima ratio*, mas sim como *prima* ou até mesmo *sola ratio*, o referido autor propõe uma solução alternativa ao próprio Direito Penal para responder de forma preventiva aos problemas da sociedade de risco, que seria a utilização de um “Direito de Intervenção”.

Esse “Direito de Intervenção” teria as seguintes características: capacidade preventiva, ou seja, aptidão de resolver os problemas antes da ocorrência de dano; disposição de meios de controle e fiscalização e não somente de intervenção; cooperação ao máximo com outros âmbitos de competência, como o Direito Administrativo, Direito Fiscal etc.; e deveria possuir um ordenamento processual para garantir empírica e normativamente as suas questões operacionais. Além disso, poderia aplicar sanções não privativas de liberdade, com fins preventivos, como, por exemplo, obrigar, por meio da força, um fabricante de produtos perigosos a respeitar seu dever de comunicar e preservar. Dessa forma, o Direito Penal seria chamado a agir somente se os meios preventivos falhassem e ocorresse uma lesão ao bem

jurídico, imputando ao aludido comerciante uma sanção penal pelo crime de lesão corporal ou homicídio, por exemplo.

Uma boa atuação do “Direito de Intervenção”, com a conseqüente desvinculação do Direito Penal de uma atuação preventiva que impõe violações aos princípios garantidores do próprio sistema penal, resultaria, futuramente, numa atuação desse mesmo Direito Penal, somente em face da ocorrência de lesões mais graves aos bens jurídicos (chamado de Direito Penal Nuclear). Nesse momento, todos os cidadãos teriam nova percepção sobre a eficácia preventiva do Direito Penal.

O “Direito Penal Nuclear” não estaria limitado aos bens jurídicos individuais, mas também aos bens jurídicos universais, já que esses também representam interesses dos seres humanos. (HASSEMER, 2008, p. 16-19).

A proposta de Hassemer pretende resguardar o uso do Direito Penal somente quando houver uma lesão efetiva ao bem jurídico, vale dizer, não fazer uso desse meio de controle social para questões de cunho preventivo. Dessa forma, o uso de tipos penais de perigo abstrato não deve ser utilizado no âmbito penal, já que a mera transgressão da norma possibilita a intervenção do Direito Penal, de uma maneira essencialmente preventiva.

Entretanto, o “Direito de Intervenção” proposto não possui seus limites bem definidos, aproximando-se muito do Direito Administrativo. A falta de precisão dos contornos da referida intervenção poderia acarretar aplicações arbitrárias de sanções não penais, em nome de uma suposta contenção dos riscos. O Direito Administrativo não está limitado, na definição de ilícitos administrativos, pela ofensa a bens jurídicos, fato que possibilitaria a esse sistema intermediário atuar de forma expansiva.

Essa atuação poderia ocorrer por meio de atividades similares ao Poder de Polícia, que é uma atividade da Administração Pública, realizada por meio de atos normativos ou concretos, visando condicionar a liberdade e propriedade dos indivíduos, mediante ações fiscalizadoras, preventivas, repressivas, com imposições coercitivas aos particulares dos deveres de abstenção, com o objetivo de que os comportamentos sejam conformados aos interesses sociais. A presença de uma maior flexibilidade para aplicação das normas, sem uma definição mais precisa de seus limites no “Direito de Intervenção”, poderia resultar, assim, numa extrapolação desse Poder de Polícia, ferindo, da mesma maneira, os direitos e garantias individuais que seriam infringidos por meio dos crimes de perigo abstrato contidos no âmbito do Direito Penal.

A proposta de Hassemer, assim, representaria apenas uma sofisticação teórica do Poder de Polícia próprio do Direito Administrativo. (MARQUES, 2008, p. 49).

Já Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 177-178) contrapõe-se à proposta que pretende o retorno do Direito Penal liberal, centrado na proteção de bens essencialmente personalistas, com estrita vinculação aos princípios de garantia, bem como à proposta que pretende reconduzir ao Direito Administrativo a maior parte do fenômeno expansivo do Direito Penal. No primeiro caso, tendo em vista que o rigor das garantias formais estaria ligado ao rigor das sanções imponíveis à época e, no segundo, devido ao fato de a referida proposta evitar afrontar as razões pelas quais foi produzida essa inflação legislativa penal e a solução mais racional possível para tal quadro.

O ponto de partida seria o fato de que o problema atual não seria da expansão do Direito Penal em geral, mas sim a expansão do Direito Penal da pena privativa de liberdade. Diante disso, deveria haver uma relação direta entre as garantias que incorporam um determinado sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultem de sua aplicação. Dessa forma, não deve haver as mesmas garantias em todo o sistema sancionatório penal, já que as consequências jurídicas são muito diferentes.

As regras de imputação e dos princípios de garantia deveriam, portanto, ser flexibilizadas em função do concreto modelo sancionatório. Esse modelo de menor intensidade garantística deve ser criado dentro do próprio Direito Penal, sempre quando as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não forem de prisão.

Dessa forma, dentro do âmbito do Direito Penal, existiriam tanto as condutas de afetação a bens jurídicos tradicionais, como condutas de afetação a bens jurídicos coletivos ou que apenas demonstrem uma periculosidade aos interesses protegidos pela norma penal. Nesse segundo caso, prevaleceria um Direito Penal mais brando, com limites mais flexíveis e com sanções diferentes da pena privativa de liberdade, para amparar os contextos dos novos riscos da sociedade dita como moderna, sendo tal modelo denominado de Direito Penal de duas velocidades.

Entendemos que o modelo proposto em muito se parece com o modelo do “Direito de Intervenção”. Entretanto, essa proposta possui um ponto positivo, que é justamente extirpar do Direito Penal os tipos penais que acabam exigindo, para a sua observância, uma flexibilização enorme dos princípios e garantias norteadores do próprio Direito Penal. Já a proposta do Direito Penal de duas velocidades mantém o indevido afastamento das citadas garantias fundamentais individuais na aplicação das normas penais, mesmo que desprovidas da sanção da perda da liberdade, ainda dentro do seio do Direito Penal. Dessa forma, todas as críticas inerentes à flexibilização das referidas garantias continuam vigentes, já que o Direito Penal passa a ser manejado de forma utilitarista, em prol dos interesses de segurança da

política criminal do Estado e não dos cidadãos. A questão central, vale dizer, a legitimidade da intervenção do Direito Penal como forma de contenção dos novos riscos, continua sem resposta, já que a simples mudança da qualidade da pena não responde tal questionamento.

Além disso, não concordamos com o referido autor quando afirma ser impossível uma redução ou mesmo uma paralisação da expansão do Direito Penal, tendo em vista “[...] uma realidade a respeito da qual se considera impossível voltar atrás”. (SÁNCHEZ, 2013, p. 186).

Isso porque sempre deve existir um modelo a ser perseguido como o ideal, voltado para a proteção da dignidade da pessoa humana. A defesa de um Direito Penal respeitador dos direitos e garantias individuais, com limites precisos para a sua atuação, não é utópica, e sim deve ser balizadora do modo de atuar do Estado, no que diz respeito à sua política criminal.

Mesmo que sua perfeita realização possa ser considerada uma utopia liberal, tal modelo, “[...] uma vez traçados com precisão seus limites e requisitos, pode ser acolhido como parâmetro e como fundamento de racionalidade de qualquer sistema penal garantista”. (FERRAJOLI, 2010, p. 44).

Jakobs (2003, p. 25-28), por sua vez, defende a elevação dos crimes de perigo abstrato a mera infração contra a ordem pública a delito criminal, com três justificativas. Em primeiro lugar, as condições de utilização dos bens jurídicos clássicos também são bens escassos, devendo ambos, portanto, receber proteção do Direito Penal. Dessa forma, a “segurança” do tráfego, o meio ambiente “intacto” e situações similares são resultados de decisões sociais, significando que quem quiser orientar-se deverá seguir a vigência das normas que configuraram tais decisões. Trata-se, portanto, nos crimes de perigo abstrato, de manutenção da vigência da norma, com conseqüente manutenção das condições sociais. Em segundo lugar, a segurança deve ser entendida como um direito e não como um reflexo da atividade policial. Assim, os crimes de perigo abstrato lesionam um direito à segurança, entendida no sentido normativo. Por último, afirma que a fronteira entre o comportamento desejado e permitido e o comportamento contrário à norma não é, atualmente, facilmente perceptível. Dessa forma, devem tais comportamentos ser fixados “mais ou menos arbitrariamente”, justamente pelos delitos de perigo abstrato.

Assim, para Jakobs (2010, p. 42),

[...] essa delimitação realizada a partir do espectro do não permitido é possível em muitos âmbitos vitais, especialmente em âmbitos genuinamente perigosos, pois nos Estados modernos o suscetível de regulação geralmente já está regulado. O tráfego viário, o tráfego aéreo, a manipulação de substâncias perigosas e de alimentos, a construção de edifícios, assim como outras muitas áreas estão apreendidas

juridicamente de tal modo que cabe delimitar o que não está permitido do que está com certa clareza.

Entretanto, o referido posicionamento enfraquece ou mesmo suprime a defesa do bem jurídico em favor da manutenção das condições sociais em face da normatividade. O sistema social deve ser entendido como um sistema entre pessoas. Dessa forma, as normas de conduta que regem esse mesmo sistema não podem ser alheias a elas, motivo pelo qual o funcionalismo de Jakobs deve ser considerado inadmissível, ao propor a submissão das pessoas às regras de conduta.

Ademais, não se deve concordar com a proposta que pretende considerar o crime como ofensa à vigência das normas, em detrimento do bem jurídico. Caso assim se entenda, a noção de crime passa a se apoiar em situações de violação de dever ao Estado, passando o Direito Penal a ocupar conceitos como fidelidade e obediência. Dessa forma, fica claro que a criação de novos crimes fica atrelada a um alto grau de subjetivação, com um conseqüente favorecimento de formação de Estados autoritários ou policialescos.

Definir a segurança como um direito a ser defendido por meio dos crimes de perigo abstrato, sem qualquer vinculação com o indivíduo e situações reais, fáticas, e sim somente no seu viés normativo, abre espaço para que diversas condutas sejam criminalizadas sem qualquer limitação garantista, deixando o indivíduo submetido aos interesses sociopolíticos do Estado, mormente pelo fato de que o significado de segurança pode variar em decorrência do interesse político dominante.

Diante das possibilidades de escolha entre um Direito Penal lastreado em infrações às normas de comportamento, como forma de garantir a segurança do Estado em face dos novos riscos da sociedade contemporânea, e um Direito Penal restrito em sua atuação, mas voltado à manutenção das garantias fundamentais dos cidadãos, mesmo com uma aparente⁹³ falha na proteção em face dos riscos da sociedade moderna, não há dúvidas de que o segundo modelo deve ser o escolhido, em consonância com os princípios norteadores de uma sociedade democrática e social, contidos na Constituição Federal.

Já para Roxin (2006, p. 81), a questão a respeito da legitimidade ou não dos delitos de perigo abstrato não pode

⁹³Aparente, porque não se pretende que os novos riscos fiquem sem os devidos meios de prevenção ou precaução. Entretanto, outros meios de controle social, como o Direito Administrativo, o Direito Civil e meios de fiscalização do Poder Executivo devem incidir sobre tais riscos de maneira eficaz em um primeiro momento, resguardando o Direito Penal somente para os ataques mais incisivos e lesivos aos bens jurídicos afetados.

[...] ser decidida no sentido de uma aceitação ou negação em bloco, mas unicamente através de investigações, análises e valorações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para um bem jurídico concreto. Este procedimento vale não só para a apreciação político-jurídica de normas já existentes, ou para fundamentar exigências a serem feitas de *lege ferenda*, mas também para os espaços interpretativos do direito vigente.

Dessa forma, para o mesmo jurista, em alguns casos, os crimes de perigo abstrato podem ser aceitos, citando como exemplo a condução de um automóvel em estado de embriaguez. Para o mestre alemão, mesmo não ocorrendo nenhum resultado, tal conduta deve ser punida, tendo em vista a proteção do corpo, da vida e dos bens reais no tráfego, ou seja, tais bens jurídicos devem ficar cobertos de proteção. Afirma que o problema inerente a tal fato previsto na norma penal é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Entretanto, justifica a previsão penal “[...] porque um condutor embriagado já não domina seu comportamento suficientemente, de modo que em cada momento pode ocorrer algo”. (ROXIN, 2009, p. 28).

O alargamento do campo de atuação do Direito Penal, proposto por Roxin no exemplo dado, afeta o princípio da lesividade porque parte da suposição de que em “cada momento pode ocorrer algo”. Dessa forma, claro está que o comportamento ainda não expôs o bem jurídico a perigo concreto ou mesmo o lesou, motivo pelo qual não deve o Direito Penal ser chamado a intervir. Caso contrário, dá a impressão de que o bem jurídico deve ser protegido a qualquer custo, mesmo com a violação dos princípios de garantia.

Dessa forma, o referido posicionamento, ao considerar que determinados bens jurídicos concretos devem ser protegidos, caso estritamente necessário, não importa se com a flexibilização das garantias previstas constitucionalmente, abre espaço para que diversos outros “bens jurídicos” também sejam protegidos, mesmo com inobservância das referidas garantias, colocando a proteção dos bens jurídicos acima dos direitos e garantias individuais.

Na visão de D’Avila (2009, p. 111), os crimes de perigo abstrato possuem dois elementos matizes, quais sejam, a não exigência de um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa, significando dispensar o juízo *ex post* de verificação do perigo, necessário aos crimes de perigo concreto, e a existência de uma probabilidade de ocorrência de dano.

Assim, sequer se cogita da existência do crime de perigo abstrato se em uma análise *ex ante* for constatada a impossibilidade de dano ao bem jurídico. Para a existência de um crime de perigo abstrato, portanto, é necessário que haja a possibilidade de dano, verificada por meio de um único juízo *ex ante*, e que tal possibilidade tenha um conteúdo de desvalor suficiente para servir de substrato material a uma determinada incriminação. Dessa forma, é

preciso adotar um critério no âmbito da normatividade, expresso na noção de não-insignificância. Tal critério não deve ser entendido em termos de probabilidade, mas sim em termos de significado em um determinado contexto. O referido autor cita o exemplo de regulamentação da energia nuclear, no qual uma possibilidade muito remota de dano ao bem jurídico “[...] já pode ser detentora de desvalor suficiente para servir de substrato a um crime de perigo abstrato [...]”. (D’AVILA, 2009, p. 112-113).

D’Avila (2009, p. 113) continua a defender, portanto, que

[...] o critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na idéia de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total – ou seja, um juízo em que são consideradas todas as circunstâncias objetivas *incasu* relevantes, independentemente do seu conhecimento por parte do autor.

Assim, o ilícito típico de perigo abstrato se satisfaz com uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, interferência essa que deve retirar deste a segurança da sua continuidade existencial. Dessa forma, “[...] é preciso reconhecer a existência de um campo de atuação ou de uma esfera de manifestação do bem jurídico, correspondente ao espaço necessário à própria existência do bem enquanto categoria dinâmica [...]”. (D’AVILA, 2009, p. 115).

D’Avila (2009, p. 115-116), para ilustrar seu posicionamento, cita o exemplo do trânsito, no qual em uma estrada de duplo sentido, um condutor faz uma ultrapassagem imprudente, sem visibilidade. Desse fato, podem ocorrer três situações, quais sejam, o condutor A provoca a morte do condutor B, que vinha em sentido contrário; o condutor A se encontra com um carro em sentido contrário, mas, em razão de uma manobra do condutor B, não ocorre o choque entre os veículos; o condutor A não encontra nenhum outro veículo em sentido contrário. Para o referido autor, no primeiro caso, temos um dano ao bem jurídico, no segundo, um concreto pôr-em-perigo e, no terceiro, uma ofensa de cuidado-de-perigo (perigo abstrato). Não haveria crime se na hipótese mencionada não houvesse a possibilidade de trânsito de veículos em sentido contrário, caso a estrada estivesse fechada, por exemplo.

O mesmo autor transfere a questão para os crimes de perigo abstrato do Direito Penal Ambiental. Assim, no crime de extração não autorizada de minerais, previsto no artigo 44 da Lei de Crimes Ambientais do Brasil⁹⁴, afirma que a simples falta de autorização, “[...] por si

⁹⁴“Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais:Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.” (BRASIL, 1998).

só, não significa desacordo material com as exigências técnicas que permitiriam conferir a respectiva autorização, as quais, no caso concreto, podem muito bem ter sido atendidas pelo autor”. (D’AVILA, 2009, p. 118).

Também é citado o exemplo do crime previsto no artigo 29 da Lei nº 9.605/98⁹⁵, qual seja, “[...] matar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória [...]”, afirmando ser tal crime de perigo abstrato, uma vez que a norma tutela a fauna, concretizada em uma determinada espécie e a partir de um dado ecossistema. Assim, caso haja a morte de somente uma ave, por exemplo, não obstante haja o resultado material do tipo, não se pode falar em dano ao bem jurídico-penal, a não ser na hipótese de animais ameaçados de extinção. Para o referido autor, deve ser questionado se a morte de um animal ou de determinada quantidade de animais “[...] significa, à luz do caso concreto, uma possibilidade não-insignificante de dano à respectiva espécie em um dado ecossistema, e, portanto, uma ofensa ao cuidado-de-perigo”. (D’AVILA, 2009, p. 125).

O modelo proposto por D’Avila, no qual são fundamentais a possibilidade de ocorrência de um dano e a possibilidade de não-insignificância desse dano em relação ao bem jurídico, numa perspectiva *ex ante*, não pode convencer. O foco da questão, para que seja preservado o princípio da ofensividade, não pode ser a conduta criminalizada *in abstracto* sem que existam parâmetros claros para que o referido princípio seja reconhecido. Nesse sentido, tendo em vista a ausência de critérios específicos que atestem ou não a lesividade da conduta, deve ser observada a conduta realizada no mundo real. Assim, caso não seja verificada a ocorrência de perigo de lesão no fato concreto, a manutenção dos crimes de perigo abstrato no modelo proposto, mesmo com as características de possibilidade do dano e de não-insignificância do bem jurídico, mantém a ofensividade vinculada à violação de uma norma, prevalecendo o desvalor da ação ao invés do desvalor do resultado.

Em um Direito Penal baseado na observância das garantias individuais constitucionais, a importância do bem jurídico não pode ter maior peso que o das citadas garantias. Assim, mesmo que numa análise *ex ante* a conduta tenha a possibilidade de causar dano de proporções gigantescas, devido à magnitude da ação realizada em face do bem jurídico protegido, o Direito Penal não deve flexibilizar seus princípios norteadores. O perigo não permitido, na acepção proposta, deve ser externado na conduta, na forma mínima de um perigo concreto ao bem jurídico. Em contraponto ao perigo presumido de ocorrência de um

⁹⁵“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.” (BRASIL, 1998).

dano de grandes proporções, que, ressalte-se, pode ou não ocorrer, há o perigo de abertura de margem ao legislador penal para tipificar inúmeras condutas desprovidas de ofensividade real, ou objetivamente comprovadas, levando ao perigo concreto de lesão ao direito de liberdade dos indivíduos.

Assim, um juízo anterior de possibilidade não-insignificante de dano fere o princípio da ofensividade, pela inexistência de padrões objetivos que permitam aferir ou determinar essa possibilidade, ressaltando que a aceção proposta possui a salutar tentativa de definir um critério para a diminuição da incidência dos crimes de perigo abstrato.

Diante disso, no exemplo proposto por D'Avila, relativo ao crime previsto no artigo 29 da Lei nº 9.605/98, a questão não deve ser definida como possibilidade não-insignificante de dano. A morte de um animal ou de vários animais em um dado ecossistema deve ser analisada no caso concreto, incidindo o Direito Penal somente na hipótese em que tais mortes levem a um perigo concreto de extermínio daquela espécie de animal, extermínio esse que afeta interesses humanos, como os interesses das gerações futuras em conhecer tais espécimes ou interesses indiretos devido ao desequilíbrio ecológico que a falta dessa espécie pode acarretar.

Isso porque a definição de possibilidade de dano não-insignificante é tão ou mais complexa quanto a definição do perigo concreto de extermínio de uma determinada espécie, em um determinado local. A definição de possibilidade de um dano não-insignificante, ao ser realizado sob uma perspectiva *ex ante*, possui maiores chances de insucesso do que a constatação de um perigo concreto, feito em uma análise *ex post*.

Diante dessas dificuldades, não deve o Direito Penal adotar um posicionamento em favor da política de segurança estatal em detrimento de uma garantia individual, privilegiando o desvalor da ação ao invés do desvalor do resultado. Isso não significa que o bem jurídico tutelado não deva ser protegido da conduta realizada, mas sim que tal defesa deve ser realizada por diversos outros meios de controle social de proteção.

6 DA PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL DO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

A regra constitucional, exposta no § 3º do seu art. 225, foi concretizada através da promulgação da Lei nº 9.605/98, conhecida como a “Lei dos Crimes Ambientais”.

Dessa forma, a indispensabilidade de proteção penal uniforme e ordenada para o meio ambiente, bem como as dificuldades de inserção dessas normas no seio do Código Penal, além de uma crescente demanda social de um aumento da proteção do mundo atual, contribuíram para a edição da referida lei.

É uma lei de natureza híbrida, haja vista a existência de conteúdo predominantemente penal, além de previsões de sanções administrativas e matérias de cunho internacional.

Especificamente na seara penal, estão normatizadas na referida lei as regras para a aplicação da pena, para a apreensão do produto e do instrumento do crime, para a ação penal e o respectivo processo penal, bem como a tipificação dos crimes contra a fauna, flora, crimes de poluição, crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural e contra a Administração Ambiental.

Tendo em vista o fato de no seu texto existirem normas legais específicas no tocante à proteção penal ambiental, o princípio da especialidade deve ser observado, o que equivale a dizer que o Código Penal e o Código de Processo Penal somente devem ser aplicados de forma subsidiária.

Um dos aspectos positivos de tal lei foi preencher uma lacuna do ordenamento pátrio, procurando dar um tratamento penal unívoco à matéria, no sentido de tentar harmonizar boa parte das normas incriminadoras e suas respectivas penas em um único diploma legal.

Entretanto, a Lei de Crimes Ambientais possui um caráter altamente criminalizador, alçando à categoria de crime várias condutas que deveriam ser consideradas meras infrações administrativas, além de abusar da técnica de tipos de perigo abstrato, de normas penais em branco, além de excessiva dependência administrativa, como formas de tipificação de condutas.

Segundo Danielle da Rocha Cruz (2010, p. 231), “[...] o legislador brasileiro não teve receios em promulgar uma lei penal complexa, repleta de tipos penais que não exigem para a sua consumação uma efetiva lesão ou perigo concreto de lesão para o bem jurídico”.

Dessa forma, a referida lei recorre abusivamente a patamares de segurança como forma de tipificação de condutas, especialmente por meio de disposições ambientais

extrapenais, de natureza administrativa. Assim, os delitos ambientais previstos na referida lei são, em sua maioria, infrações violadoras de normas que sustentam o aparato de segurança do bem jurídico ambiente. (MACHADO, 2005, p. 122).

Assim, o uso indiscriminado de tipos de crimes abstratos é uma técnica mais fácil de ser usada no sentido de definir condutas a partir de ações supostamente lesivas ou perigosas, seja por divergirem da normatização extrapenal, seja por atribuição *a priori*⁹⁶ de conceitos ecologicamente negativos para as citadas condutas.

Machado (2005, p. 122) aduz que

[...] em conseqüência, é possível afirmar que boa parte das condutas contempladas nos tipos penais ambientais não apresenta em si o conteúdo de desvalor que justificaria a intervenção do direito penal. Ao contrário, trabalha-se com uma autêntica presunção: a de que a simples realização gramatical do preceito penal coloca em risco o bem jurídico.

Dessa forma a adoção, pelo legislador, de tal modelo de criminalização deixa clara a opção, “[...] quase que explicitamente tomada, por reprimir criminalmente ataques não a verdadeiros bens jurídicos, mas sim às mencionadas funções, atribuídas à Administração, de controle ou ‘governo’ da sociedade”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 224).

Esses aspectos da Lei nº 9.605/98, justamente por não respeitarem os princípios do Direito Penal Clássico, levam os doutrinadores a discutirem sobre a legitimidade e validade de várias de suas normas, mormente os tipos de perigo abstrato.

6.1 Lei nº 9.605/98 e alguns crimes ambientais de perigo abstrato

Guilherme Gouveia de Figueiredo (2008, p. 230) afirma que a maioria da doutrina considera os crimes previstos na Lei nº 9.605/98 como crimes materiais, ou seja, como crimes em que a consumação ocorre por meio de um resultado naturalístico, pela dificuldade da definição precisa do bem jurídico ambiente, por haver a presença de interesses difusos ou de um bem jurídico de amplo espectro.

Entretanto, boa parte das incriminações presentes na referida lei é de crime de perigo abstrato, haja vista as diferenças existentes entre os conceitos de crimes materiais, formais e de mera atividade em face dos crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato.

⁹⁶Anterior. (tradução nossa).

Dessa forma, como exemplo da afirmação supra, podemos citar o crime previsto no art. 29 da referida lei⁹⁷. De fato, caso ocorra a morte de uma espécime da fauna silvestre, estaremos diante de um resultado naturalístico exteriorizado, já que o objeto material da conduta foi atingido com a conduta. Entretanto, a mesma conduta é caracterizada como crime de perigo abstrato em relação ao bem jurídico “meio ambiente” ou “equilíbrio dos sistemas naturais”, motivo pelo qual deve ser questionado se a referida conduta ofendeu ou lesionou o citado bem jurídico de forma concreta. De uma maneira geral, a resposta será quase sempre negativa, do que se conclui que o dano ao bem jurídico é presumido.

Em cotejo com os diversos posicionamentos a respeito dos crimes de perigo abstrato, discutidos até aqui no presente trabalho, o citado tipo do art. 29 não deve ser aceito como legítimo. Isso porque não se pode adotar uma interpretação estritamente gramatical, no sentido de que caso haja a morte de um animal, o tipo estaria completo, em uma presunção absoluta da ocorrência de uma ameaça de dano ao bem jurídico, sem uma análise do caso concreto.

Também não devemos considerar a defesa do “meio ambiente” em sentido transindividual, sem uma correlação com algum interesse do ser humano. Dessa forma, a morte de um único animal ou de alguns poucos, em um determinado ecossistema, não é capaz de, por si só, afetar um interesse humano. Caso assim se considere, basta o descumprimento da previsão normativa, a adequação da conduta ao tipo sem maiores reflexões, para que o agente seja punido penalmente, em um típico caso de punição por violação a um dever. Além disso, haveria uma abertura sem precedentes para que todo e qualquer bem jurídico “difuso” fosse alçado à categoria de digno de proteção penal, enfraquecendo sobremaneira o seu conceito e sua função limitadora do poder punitivo estatal.

Ademais, também não se pode admitir o critério da possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico para a adoção do crime de perigo abstrato, uma vez que tal critério não possui parâmetros precisos, previamente bem definidos, podendo variar de acordo com a concepção do julgador⁹⁸. Dessa forma, não há como precisar o que seria, em uma análise *ex ante*, uma hipótese de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico. Por exemplo, a morte de um, dois, de mais da metade dos animais? Não há como precisar.

Nessa esteira, disserta Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (2013, p. 183) que

⁹⁷“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.” (BRASIL, 1998).

⁹⁸Remetemos o leitor ao item 5.2 do presente trabalho, onde estão delineadas outras razões para a não aceitação do art. 29 da Lei nº 9.605/98.

[...] o juiz é um ser humano, influenciado pela educação que recebeu, pelo ambiente em que viveu e vive, e que, tal como o homem normal, é personagem da história e membro da sociedade. Por mais racional que possa vir a ser, no momento do julgamento, assim como no agir cotidiano, ele é influenciado por opções que mais se aproximam de suas convicções, quaisquer que sejam.

Outro exemplo de tipo de perigo abstrato é o previsto no art. 68 da referida lei⁹⁹. Em uma análise inicial, não há na conduta qualquer perigo de lesão. Há, simplesmente, uma inobservância contratual perante a Administração Pública, hipótese que não autoriza a tipificação da referida conduta. Ademais, considerar o bem jurídico “Administração Ambiental” como o bem a ser protegido, sem qualquer vinculação a um interesse individual, não se coaduna com um Direito Penal da ofensividade e da exclusiva proteção de bens jurídicos. O modelo descrito mais se aproxima do padrão defendido por Jakobs, vale dizer, a definição de crime como mera infração ao contido na norma, como forma de manutenção das condições sociais. O que a norma pretende é a simples efetividade do Direito Administrativo, não havendo, portanto, qualquer dignidade penal para a tipificação de tal conduta, aproximando-a de uma mera desobediência¹⁰⁰.

Há, assim, infringência ao princípio da lesividade, tendo em vista que a norma penal estaria atuando em face de uma conduta inócua. Também os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade estariam sendo ofendidos, tendo em vista a conduta não representar uma ofensa grave a interesses fundamentais e, ademais, poder ser coibida por outros meios de controle. Da mesma maneira, o princípio da proporcionalidade também não seria observado, pois há a previsão de uma sanção penal em face de uma conduta que não afeta nenhum valor representativo para a dignidade humana.

O art. 34 pode ser considerado outro exemplo de crime de perigo abstrato previsto na referida legislação¹⁰¹. As mesmas objeções levantadas em relação ao art. 29 podem aqui ser descritas. Em uma primeira análise, não há na conduta prevista qualquer indicação de perigo de lesão ao bem jurídico protegido, somente uma vinculação da referida conduta à violação de uma norma administrativa. Dessa forma, não se deve fazer uma interpretação formal do tipo em questão, já que o interesse a ser protegido seria o de uma função estatal ou de manutenção da vigência de suas normas, em flagrante desrespeito ao conceito de bem jurídico e ao

⁹⁹“Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.” (BRASIL, 1998).

¹⁰⁰ Para Bottini (2010, p. 2004), “[...] os delitos de perigo abstrato fundamentados apenas na infração de ato ou contrato, que não se referem a bem jurídico algum, a não ser a própria efetividade do direito administrativo, não são passíveis de proteção pelo direito penal”.

¹⁰¹“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.” (BRASIL, 1998).

princípio da ofensividade. Ademais, caso haja a opção por uma análise *ex ante* da possibilidade de não-insignificância da conduta, melhor sorte não socorre ao tipo em questão. Isso porque não há como definir *a priori*, por exemplo, qual espécie de peixe deve ser protegida e qual quantidade pescada seria significativa para ameaçar o bem jurídico ambiente, levando-se em conta, ainda, a necessidade de afetação de interesses humanos na conduta, como, por exemplo, a manutenção de um ecossistema equilibrado para a sobrevivência da atividade de pesca. Não há a definição de parâmetros objetivos para a caracterização da não-insignificância.

Dessa forma, não se coaduna com o princípio da ofensividade uma análise *ex ante* da conduta nos moldes propostos, como maneira de restrição da proliferação de crimes de perigo abstrato, porque há, na verdade, uma tipificação em face do descumprimento da norma, deixando ao arbítrio do julgador definir o que seria possibilidade não-insignificante.

Além disso, não se pode atrelar o alto grau de importância do bem jurídico tutelado (como na hipótese de manutenção de um ecossistema equilibrado como condição de sobrevivência da população ribeirinha) a uma justificativa de sua proteção a todo e qualquer custo, mesmo com inobservância dos princípios constitucionais da ofensividade, subsidiariedade e fragmentariedade, fato que alça a proteção do bem jurídico a um patamar superior à das garantias fundamentais dos indivíduos¹⁰².

Em todos os exemplos citados, o conteúdo ofensivo da conduta é apenas presumido pelo legislador, fato que certamente acarretará situações nas quais o referido juízo presumido de perigo será falso. Dessa forma, por meio das citadas tipificações, o Direito Penal terá agido, mesmo sem que exista qualquer conteúdo de perigo em face do bem jurídico, tratando-se, portanto, de meras desobediências às normas prescritas, com um indesejável alargamento subjetivo do conceito da ofensividade.

Parte da doutrina entende, entretanto, pela legitimidade dos crimes de perigo abstrato quando a conduta, em uma análise *ex ante*, for dotada de ofensividade, esta sendo expressa pela periculosidade da conduta. A periculosidade, assim, seria o elemento principal da conduta penalmente relevante, apta a justificar a tipificação de alguns crimes de perigo abstrato. Tais crimes, portanto, não podem ser entendidos em sua estrutura formalista, mas sim em sua estrutura material.

¹⁰² Vide item 5.2

6.2 Estrutura material dos crimes de perigo abstrato

Bottini (2010, p. 173) ressalta que o Direito Penal tem “[...] o objetivo de preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado e se reproduz, e o alcança por meio da manutenção de expectativas de convivência”.

Assim, nessa concepção funcionalista, o Direito Penal deve manter e reproduzir as premissas e fundamentos do Estado Democrático de Direito, quais sejam, o exercício do poder fundado na soberania popular, e o respeito à pluralidade e à dignidade humana, de modo a preservar as expectativas sociais dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal. (BOTTINI, 2010, p. 175).

Da mesma maneira, os crimes de perigo abstrato somente serão legítimos se estiverem voltados à proteção exclusiva de bens jurídicos relevantes para a dignidade humana, respeitando os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da proporcionalidade. (BOTTINI, 2010, p. 177).

Ademais, o Direito Penal não pode ser aplicado no caso da existência de uma conduta que, ainda que praticada com intencionalidade, não oferece risco ou oferece um risco tolerado pela comunidade a bens jurídicos protegidos.

Como os tipos de perigo abstrato seriam aptos unicamente a proteger bens jurídicos, não podem ser considerados como um instituto neutro e avesso a valorações, não se completando com a mera realização da conduta descrita no texto legal.

Dessa forma, é necessário haver uma análise normativa do tipo que decorre do caráter funcional do direito e que é feita por meio da verificação de requisitos genéricos objetivos para a afirmação da tipicidade de uma conduta.

Uma primeira opção de definição do injusto penal, pautada na proteção de bens jurídicos, estaria atrelada ao desvalor do resultado, na qual a consequência da conduta seria o núcleo do delito, e não o comportamento do agente.

Entretanto, Bottini (2010, p. 219) afirma que o referido posicionamento não é apto para tutelar os bens jurídicos fundamentais perante os novos riscos, mormente a previsão dos crimes de perigo abstrato, tendo em vista a ausência de resultados externos perceptíveis.

Outra opção seria manter o injusto penal vinculado somente ao desvalor da ação, hipótese, entretanto, que afasta a norma penal de sua missão de proteger bens jurídicos, ofendendo os princípios que iluminam o exercício do poder de punir do Estado.

Dessa forma, o injusto penal deve estar atrelado a um fator objetivo que abarque o resultado lesivo da conduta e que seja reconhecível pelo agente na prática do ato.

É esse elemento, para Bottini (2010, p. 220),

[...] que caracteriza a tipicidade material, deve acompanhar uma conduta humana (desvalor de ação), pois a norma penal se dirige unicamente a esta categoria de ações e, ainda, refletir uma imagem de resultado prejudicial possível ou provável, que justifique a ameaça de repressão (desvalor de resultado). Nesse sentido, o instituto necessário e fundamental para que uma ação descrita no tipo penal seja materialmente reprovável, congregando as características mencionadas, e permitindo uma orientação teleológica e racional da aplicação dos institutos penais, será a periculosidade.

Assim, a periculosidade será o critério implícito da tipicidade da conduta nos crimes de perigo abstrato.

Dessa forma, o mesmo autor aponta que, para aceitar os delitos de perigo abstrato sob a ótica do princípio da lesividade, este deve ser entendido não somente nas situações de lesão ou perigo efetivo, mas também como a “[...] desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo”. (BOTTINI, 2010, p. 207).

A lesividade deve estar presente, portanto, tanto no plano legal, na descrição clara e precisa do tipo penal, quanto no plano fático, vale dizer, o juiz deve analisar, no caso concreto, a lesividade da conduta. Nesse ponto, somente condutas que possuam periculosidade podem se encaixar como condutas potencialmente lesivas. A periculosidade passa a ser o elemento nuclear da ação penalmente relevante.

Nessa ótica, é exigida a comprovação da relevância típica do comportamento, sua periculosidade e perturbação a que foi exposto o interesse protegido pela norma. O método adotado pelo referido autor para a aferição da existência da periculosidade baseia-se em uma perspectiva *ex ante*, vale dizer, de um “[...] observador objetivo situado no lugar do agente no momento dos fatos”. (BOTTINI, 2010, p. 225).

Dessa forma, o juiz deve, ao se colocar no momento da ação ou omissão, verificar se elas são adequadas para oferecer um risco potencial para a produção de um resultado lesivo ou de um perigo. Tal periculosidade deve ser construída sobre elementos ontológicos e normativos.

Isso quer dizer que o risco de um comportamento deve ser verificado dentro do contexto social em que foi produzido, não se resumindo à mera probabilidade estatística. Dessa forma, repetindo o exemplo do manejo de energia nuclear, mesmo que a probabilidade de resultar em lesão seja muito pequena, a sua extensão é gigantesca, não sendo tolerada pela sociedade. Diante disso, Bottini (2010, p. 227) aduz que,

[...] a avaliação da periculosidade do injusto, portanto, apresenta um suporte ontológico e nomológico, derivados da constatação científica da possibilidade de produção de danos, e um suporte normativo, que leve em consideração a realidade cultural, política e social relacionada com a criação do risco.

Em suma, o gestor dos riscos, no caso o juiz, deve fazer uma análise *ex ante*, avaliando o ato praticado e sua periculosidade, incorporando os conhecimentos especiais do autor sobre o contexto do risco, bem como agregando a experiência e o conhecimento geral da época sobre o normal acontecer dos fatos, vale dizer, sobre os cursos causais e projeções futuras do risco criado.

Dessa forma, caso haja dados científicos sobre a periculosidade da conduta, o crime de perigo abstrato estará justificado. Na hipótese de não haver tais dados científicos, também estará justificado se existirem evidências estatísticas entre a conduta proibida e um resultado lesivo ou perigoso (nexo causal apoiado em evidências estatísticas) ou, ainda, mesmo que estatisticamente a probabilidade de danos seja ínfima, a extensão da lesão revele-se enorme e não seja tolerada socialmente. Caso contrário, vale dizer, se não houver certezas científicas ou constatações estatísticas sobre a periculosidade da conduta, os tipos de crime abstrato não se justificam. (BOTTINI, 2010, p. 230).

Em resumo, Bottini (2010, p. 229) assim define a questão:

[...] a base do juízo de periculosidade compreenderá, assim, a totalidade do saber científico de um determinado tempo e o saber específico do autor: portanto, é formada pelos elementos de risco reconhecíveis, em que as considerações do agente sobre as circunstâncias do fato e suas potenciais conseqüências, gerais ou especiais, somam-se às informações disponíveis sobre os riscos e as probabilidades de dano, oferecidos por teses científicas não refutadas. Os conhecimentos disponíveis (ontológicos e nomológicos) sobre os riscos da conduta são os elementos sobre os quais se estrutura o juízo *ex ante* de periculosidade, elemento indispensável para a tipicidade objetiva dos crimes de perigo abstrato.

Como exemplo de tal método, é apontado o caso de um comerciante que armazena grande quantidade de produtos com prazo de validade já vencido, mas adota todas as precauções para que eles não sejam colocados em circulação. Para o referido autor, no contexto em que se insere, tal conduta não possui periculosidade apta a justificar a incidência de um crime de perigo abstrato.

No caso do conhecimento científico atestar posteriormente que a conduta, tida como inócua no momento de sua realização, era capaz de lesar algum bem jurídico, não legitima a intervenção do Direito Penal. O conceito de periculosidade é feito em uma perspectiva *ex ante*, não podendo ser utilizados dados supervenientes, posteriores ao tempo da ação, em

desfavor do agente. Entretanto, caso a conduta seja inicialmente considerada perigosa no momento de sua ocorrência e, posteriormente, a comunidade científica ateste que na verdade tal conduta era inócua, deve o Direito Penal intervir em favor do acusado, afastando a tipicidade da conduta. (BOTTINI, 2010, p. 246).

Por fim, o mesmo autor aponta que a periculosidade *ex ante* da conduta deve ser comprovada por quem acusa, seja por meio de conhecimentos científicos, seja por meio de dados estatísticos, o que estaria em consonância com o princípio do ônus da prova. (BOTTINI, 2010, p. 248).

Dessa forma, Bottini pretende, com sua proposta, restringir, de maneira objetiva, o uso dos tipos de perigo abstrato, limitado aos casos em que, em uma análise *ex ante*, haja uma certeza científica sobre a periculosidade de uma conduta ou a existência de dados estatísticos que atestem tal periculosidade ou, ainda, quando não houver tolerância social em face do comportamento do agente.

Tal proposta oferece um avanço em relação ao modelo proposto por D'Avila, pois define critérios objetivos para a caracterização do princípio da ofensividade, norteado pela periculosidade da conduta. Assim, no modelo defendido por D'Avila, não há qualquer parâmetro objetivo delimitador do que seja a possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico protegido, ao passo que, na proposta de Bottini, são elencados critérios para a aferição da ofensividade *ex ante* da conduta.

Entendemos, porém, que tal proposta deve ser ainda mais rígida, não podendo ser aceitos, como justificativas para a legitimação dos crimes de perigo abstrato, a intolerância social em face de determinadas condutas, esta entendida como forma de defesa de bens jurídicos tidos por indispensáveis, e o uso de dados estatísticos como sinônimos de certeza científica, visando à constatação dos nexos causais da conduta.

Em primeiro lugar, podem ser levantadas todas as razões já expostas, relativas à concepção defendida por D'Avila, no tocante à gradação da importância do bem jurídico a ser defendido em detrimento das garantias fundamentais individuais, devido a uma intolerância social da conduta, bem como as objeções aduzidas em face da concepção crítica de Roxin¹⁰³.

Isso porque não se deve flexibilizar o princípio da ofensividade para que determinados bens jurídicos sejam escolhidos, tendo em vista a sua importância, sem que sejam observados todos os demais princípios constitucionais norteadores da atuação penal. A ampliação do espectro de atuação dos crimes de perigo abstrato, como forma de abarcar tais

¹⁰³Vide item 5.2 do presente trabalho.

bens jurídicos, eleitos em grau de importância de acordo com os interesses de determinada política criminal, nada mais é do que uma forma de também abranger a desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial não demonstrado de perigo, em evidente afronta ao Direito Penal garantidor dos direitos individuais fundamentais, acarretando, assim, uma defesa de bens jurídicos a qualquer custo.

A definição de qual bem jurídico teria necessariamente a “benesse” de receber a proteção penal, em face de sua importância, no modelo proposto, é na verdade de natureza essencialmente subjetiva, que não pode ser traçada com parâmetros bem delineados. Ademais, tais definições ficam à mercê, em muito, das pulsões da mídia a respeito da criminalidade, vendida como o mal do mundo atual.

Karam (2009, p. 13) afirma que a anunciada e propagandeada situação de necessidade e emergência, representada pelos crimes da atualidade (crimes organizados, terrorismo etc.), “[...] vai dando lugar a uma sistemática produção de autoritárias legislações [...]”.

Ademais, segundo a referida autora, “[...] a enganosa publicidade do sistema penal oculta a realidade do caráter puramente político e historicamente eventual da seleção de condutas chamadas de crimes”. (KARAM, 2009, p. 15).

Assim, a situação fática deixa de importar na criminalização da conduta, enfraquecendo a teoria do bem jurídico, já que não há necessidade de demonstração inequívoca do potencial de ofensividade da conduta, mesmo que numa análise *ex ante*, baseando-se a tipificação somente na importância do bem jurídico e na sua eleição político-social como um imprescindível bem digno de proteção penal.

Ademais, a aceitação do uso de tipos penais de perigo abstrato, nas hipóteses nas quais a periculosidade da conduta e o nexos causal sejam confirmados por meio de dados estatísticos, também não deve ser acolhida, não obstante ser uma importante ideia visando a limitação da incidência de tais tipificações, em relação às concepções que aceitam tais crimes de perigo abstrato de maneira mais ampla.

No tocante a essa questão, importante ressaltar que não se pode vincular o perigo ao mero cálculo de possibilidades e probabilidades, sem considerar a sorte ou o acaso, principalmente na sociedade atual, onde megarriscos se fazem presentes.

Assim, conforme já exposto no presente trabalho¹⁰⁴, diante desses megarriscos, como, por exemplo, a questão atômica, os padrões de normalidade e de medição de riscos

¹⁰⁴Vide item 2.2.2 do presente trabalho.

perdem o sentido e, dessa forma, também os conceitos de prevenção, previsão e monitoramento antecipado.

Há, portanto, uma tremenda dificuldade no cálculo desses riscos, tendo em vista a indeterminação de suas causas e de suas consequências. Dessa forma, não há como comparar uma certeza científica da periculosidade de uma conduta ou do nexos causal, com uma “certeza” advinda de meros dados estatísticos, mormente como forma de justificar a incidência de crimes de perigo abstrato.

Caso seja adotada a postura de aceitação de simples dados estatísticos para a comprovação da periculosidade da ação, haverá inúmeros casos, nos quais, mesmo havendo a perfeita adequação da conduta ao tipo legal, não se verificará qualquer perigo de lesão ao bem jurídico protegido. A distância entre a conduta e o perigo de lesão ao bem jurídico ainda ficará muito elástica, hipótese que, entretanto, será diferente se existir uma comprovação científica dessa periculosidade, fato que aproximará sobremaneira o perigo de lesão ao bem jurídico protegido, caso haja a conformação típica da conduta.

Nesse sentido, Marques (2008, p. 42) leciona ser uma das tarefas mais difíceis a demarcação dos limites entre o perigo proibido e o risco permitido, devido à incerteza de todos os limites e da atual incapacidade humana de fazer prognósticos.

Assim, a hipótese levantada por Bottini, da proteção penal nos casos de manejo de material atômico, fica mais bem e objetivamente justificada se for baseada no conhecimento científico sobre a periculosidade de manejo de tais materiais radioativos (que é quase um fato notório), ao invés da importância do bem protegido ou dos prováveis danos de grandes proporções que podem danificar o meio ambiente como um todo.

Não significa que as condutas, cuja periculosidade é baseada na importância do bem jurídico ou em dados estatísticos, teoricamente com potencial lesivo ao meio ambiente, não devam ser coibidas. O que não se admite é a aplicação do Direito Penal nesses casos, nos quais há somente uma remota possibilidade de lesão ao bem jurídico protegido, sem qualquer comprovação científica do perigo, o que fere mortalmente os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da ofensividade.

A definição de certeza científica, por sua vez, é um critério delimitador objetivo para justificar a incidência dos crimes de perigo abstrato, em algumas hipóteses.

Entendemos, porém, que tal certeza recai, principalmente, não sobre a conduta do agente, mas sim sobre o objeto material protegido. Dessa forma, em uma ótica diferente da

defendida por Bottini¹⁰⁵, no caso do delito tipificado no art. 29 da Lei nº 9.605/98, acreditamos que, se houver uma certeza científica no sentido de que a morte de um animal ou de certo número de animais acarrete perigo para a continuidade da existência da espécie protegida em um determinado ecossistema, ou que cause um tamanho desequilíbrio nesse local, com reflexos nos interesses da pessoa humana, e esses venham a ser mortos pela conduta do agente, estaremos diante de um caso de perigo concreto, hipótese na qual é justificada a interferência do Direito Penal. Isso porque, com a morte do animal, o bem jurídico protegido passa a sofrer, baseado em dados cientificamente comprovados, uma ameaça concreta a sua integridade.

Dessa forma, mesmo que, em uma análise *ex ante*, tal certeza científica já exista no momento da conduta, para a concretização do tipo, é necessária ainda a sua exteriorização, ou seja, a supressão da vida do espécime da fauna silvestre, o que somente pode ser analisado de forma *ex post*, no caso concreto. Não se pode olvidar, entretanto, da importância que o conhecimento científico traz para o caso, mas como forma de facilitar a comprovação da existência do crime de perigo concreto.

Entretanto, em outra situação, agora na hipótese de manejo ou comércio irregular de organismos geneticamente modificados (OGM), em desacordo com as determinações administrativas, estamos de acordo com o modelo proposto por Bottini. Caso exista certeza científica de que tais organismos (objeto material) sejam perigosos para o meio ambiente e a sociedade, o Direito Penal poderá agir, caso essas ações acarretem perigo concreto de lesão ou lesão propriamente dita ao bem jurídico protegido ou, ainda, ofereçam um perigo abstrato ao citado bem jurídico. Por exemplo, se o OGM é cientificamente perigoso para o meio ambiente e tais organismos venham a ser comercializados para plantio, sem a devida autorização administrativa, o perigo ao qual o bem jurídico passa a ficar exposto, caso haja a sua disseminação na natureza, é concreto. Se, após o plantio, houver a ocorrência de lesão, também não há o que discutir.

Entretanto, no caso de somente haver a sua exposição para a venda, o Direito Penal deve intervir no caso concreto, como gestor dos riscos. Isso porque, tendo em vista o malefício que tais organismos podem acarretar, comprovado cientificamente no momento da conduta, há uma forte aproximação entre a ação realizada e o bem jurídico protegido, justificando-se a aplicação da força coercitiva do Direito Penal, como forma de prevenção de um dano futuro.

¹⁰⁵Bottini (2010, p. 242) entende que o citado tipo penal é de delito de perigo abstrato por acumulação.

Dessa forma, podemos aplicar o conceito aqui defendido nos três exemplos trazidos à baila no item 6.1 do presente trabalho, à exceção do art. 29 da Lei 9.605/98, já exaustivamente estudado.

No tocante ao delito previsto no art. 68¹⁰⁶ do citado diploma legal, não há que se falar em qualquer possibilidade de dano, tendo em vista haver a previsão simplesmente de uma infringência legal ou contratual entre o agente e a Administração Ambiental, hipótese que afasta de plano a legitimidade da citada prescrição de perigo abstrato, por todos os motivos já expostos no presente texto. Entretanto, somente para fins de argumentação, não há como haver uma análise *ex ante* da periculosidade da conduta, baseada em conhecimentos científicos, pois o tipo trata somente de uma necessária observância a uma norma administrativa, qual seja, a que define obrigação de relevante interesse ambiental. Dessa forma, pelo critério adotado, não há que se falar em legitimidade do referido tipo penal.

Já o contido no art. 34¹⁰⁷ da Lei nº 9.605/98 pode ser analisado sob a ótica estudada. Vamos levar em conta a segunda parte do citado diploma legal, vale dizer, pescar em lugares interditados por órgão competente. Em um primeiro momento, caso o agente esteja pescando em tal local, mas em um determinado espaço delimitado da lagoa no qual os peixes não tenham acesso pela existência de uma cerca subaquática, por exemplo, não há que se falar em possibilidade de dano ao bem jurídico protegido, sendo a conduta, portanto, irrelevante. Caso, entretanto, o local tenha sido fechado para a pesca baseado em um estudo científico no qual esteja comprovado que a retirada de poucos exemplares de uma espécie específica acarrete perigo de lesão ao equilíbrio do ecossistema protegido, se uma pessoa for flagrada pescando no local, mesmo sem a existência de algum peixe em sua posse, legitima-se a interferência do Direito Penal como forma de prevenção de uma futura lesão ao meio ambiente. Entretanto, se não existir essa certeza científica, mas sim uma simples proibição da Administração, baseada em outro motivo qualquer, não deve o Direito Penal intervir na questão, como forma de precaução em face dos eventuais riscos existentes.

Assim, o manejo de tipos penais de perigo abstrato somente se justifica em uma hipótese, como forma de uma máxima contenção do uso desse tipo de delito, qual seja, quando houver, em uma análise *ex ante* da conduta, um critério objetivo de delimitação da ofensividade, ou seja, a existência de uma periculosidade da conduta atrelada ao conhecimento científico de seu perigo.

¹⁰⁶“Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.” (BRASIL, 1998).

¹⁰⁷“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.” (BRASIL, 1998).

O legislador deve ficar vinculado, portanto, para a criação de tipos penais de perigo abstrato, à periculosidade da conduta que se pretende proibir, utilizando o critério único da existência de dados científicos de que tal conduta é potencialmente perigosa para o bem jurídico tutelado. Caso o legislador penal não obedeça a tais parâmetros, movido pela política criminal da ocasião, deve o julgador, no momento da aplicação da lei penal, utilizar esse critério, entre outras ponderações, para definir sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato.

Dessa forma, por meio dessa acepção de modelo de Direito Penal, o desvalor do resultado pode ser expresso no reflexo de uma imagem de resultado prejudicial possível ou provável, por meio da norma penal, desde que tal resultado seja lastreado em dados conhecidos e cientificamente provados¹⁰⁸.

Ressalte-se que o conhecimento científico sobre a periculosidade da conduta ou do seu objeto material deve ser comprovado pela acusação. Não obstante, a defesa obviamente possui o direito de contestar tal afirmação científica, cabendo ao juiz optar pela tese mais adequada ao caso concreto. Não se pode aceitar, portanto, que o órgão acusador conduza a ação penal sem que haja a devida comprovação científica da periculosidade indicada pela norma penal, transferindo o ônus da prova da ausência de periculosidade para a defesa.

Assim, diante de todos os tipos de perigo abstrato em vigência na Lei nº 9.605/98, os intérpretes devem utilizar esse parâmetro como forma de legitimar e, ao mesmo tempo, restringir ao máximo a incidência dos referidos tipos penais nos casos concretos sob exame.

Há, portanto, um pequeno alargamento do conceito do princípio da ofensividade, mas realizado de forma objetiva, o que limita a sua expansão para toda e qualquer hipótese, impedindo a criação de modelos penais de cunho estritamente subjetivistas, repressivos ou voluntarísticos.

Dessa maneira, o Direito Penal só deve ser utilizado quando resulta absolutamente necessário (princípio da proporcionalidade) na proteção de bens jurídicos de especial relevância (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), diante de condutas descritas previamente e de forma clara em uma lei penal (princípios da legalidade, da taxatividade e anterioridade), aptas a causar, de maneira intolerável (princípio da fragmentariedade), lesão, perigo concreto de lesão ou perigo abstrato – desde que baseado em dados empíricos e científicos, em uma análise *ex ante* (princípio da ofensividade) –, ao bem jurídico protegido, e

¹⁰⁸Nesse sentido, vide Bottini (2010, p. 220).

somente quando não houver outra maneira mais idônea de proteção ao referido bem (princípio da subsidiariedade).

Assim, diante da sociedade em que nós vivemos, o Direito Penal não pode deixar de atuar na contenção dos riscos modernos, mas sempre em respeito aos seus referidos princípios norteadores. Dessa forma, pode e deve atuar de forma preventiva, mas somente na hipótese da existência científica da periculosidade da conduta que se quer proibir, não se admitindo, dessa maneira, a sua atuação como forma de dar concretude ao princípio da precaução, conceito inerente ao Direito Ambiental, como veremos a seguir.

7 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A LEGITIMIDADE/ILEGITIMIDADE DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

Em se tratando de dano ao meio ambiente, eventuais catástrofes ambientais têm recuperação difícil e lenta ou até mesmo impossível, sendo seus efeitos sentidos, principalmente, pelas gerações futuras¹⁰⁹.

Tendo em vista a dificuldade de recuperação de um dano ambiental, medidas que impeçam seu surgimento devem ser prioritárias, o que exige ações antecipadas do Poder Público e da coletividade diante dos riscos de tais danos ou à saúde humana.

Dessa forma, a adoção de medidas de precaução é uma das armas utilizadas pelo Direito Penal, por meio de tipificações de condutas, as quais os legisladores definem como potenciais causadoras de lesões aos bens jurídicos protegidos.

Segundo Farias (2009, p. 47), o princípio da precaução¹¹⁰

[...] estabelece a vedação de intervenções no meio ambiente, salvo se houver a certeza de que as alterações não causaram reação adversa, já que nem sempre a ciência pode oferecer à sociedade respostas conclusivas sobre a inocuidade de determinados procedimentos.

O referido princípio é apontado como um aperfeiçoamento do princípio da prevenção¹¹¹. Enquanto esse não leva em conta a incerteza científica e é utilizado em relação aos impactos ambientais conhecidos e por meio dos quais é possível estabelecer a adoção de medidas visando prever e evitar os possíveis danos ambientais, aquele diz respeito à citada ausência de certeza científica.

Dessa forma, o princípio da prevenção deve ser utilizado nas hipóteses nas quais o impedimento de danos cuja ocorrência é ou poderia ser conhecida, em uma estreita vinculação com o conceito de perigo. Já o princípio da precaução¹¹² possui ligação com o conceito de risco. (FARIAS, 2009, p. 49).

¹⁰⁹ Nesse sentido, vide Talden Farias (2009, p. 47).

¹¹⁰ O princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento estabelece que “[...] de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. (FARIAS, 2009, p. 48).

¹¹¹ Para Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 187), o princípio da prevenção “[...] aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis”.

¹¹² De acordo com Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho (2010, p. 67), “[...] o princípio da precaução decorre do art. 225, § 1º, I, II, IV, V, VI e VII, dispositivos que expressam a natureza eminentemente preventiva

Édis Milaré (2011, p. 1069) sintetiza a diferença entre os conceitos de prevenção e precaução, da seguinte maneira:

[...] podemos dizer que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ao passo que a precaução se destina a gerir riscos ou impactos desconhecidos. Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto.

Portanto, é patente que a aplicação do princípio da precaução¹¹³ está atrelada a argumentos de ordem hipotética, presentes no universo das possibilidades, e não no mundo da certeza científica, clara e conclusiva.

Assim, de acordo com o referido princípio, “[...] a incerteza científica milita em favor do meio ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio ambiente¹¹⁴”. (MILARÉ, 2011, p. 1072).

Conforme ensina José Adércio Leite Sampaio (2003), o princípio da precaução pode ter uma concepção forte e uma fraca. A primeira defende a máxima *in dubio pro natura*¹¹⁵, no sentido de que o impedimento de ações supostamente lesivas ao meio ambiente deve ser amparado na ideia de que os sistemas naturais têm direitos e valores intrínsecos, em uma visão biocêntrica. Dessa forma, há a exigência de prova absolutamente segura de que não existirão danos ao meio ambiente, além daqueles já previstos para a liberação de uma nova tecnologia.

A concepção fraca, por sua vez, parte de uma ética antropocêntrica e leva em conta os riscos, os custos financeiros e os benefícios oriundos da atividade que se quer desenvolver, sendo a posição dominante entre os doutrinadores. Nesse sentido, Sampaio (2003, p. 62), esclarece que a precaução “[...] coincide com uma operação de benefício global, razoável, apurado entre os componentes financeiros e imateriais em jogo, entre a previsibilidade e a dúvida do risco, entre o risco e o retorno social esperado com o empreendimento”.

Não há dúvidas de que tal princípio é de suma importância na proteção do meio ambiente, sendo sua invocação recorrente nas questões atinentes ao aquecimento global, na

do Direito Ambiental, a qual seria desprovida de qualquer substância não fossem os princípios da prevenção e precaução”.

¹¹³ O referido princípio deve ser aplicado, segundo Chris Wold (2003, p. 17), quando “[...] houver incerteza científica sobre a plausibilidade da ocorrência de danos ambientais graves”.

¹¹⁴ Para Francisco Seráfico da Nóbrega Coutinho (2010, p. 62), a precaução impõe ao Poder Público e ao Estado-Juiz que, “[...] em relação ao meio ambiente, em havendo dúvida fundada sobre o potencial lesivo (risco de perigo potencial) de uma determinada obra ou atividade, deve-se adotar a precaução necessária ao resguardo da higidez do meio ambiente”.

¹¹⁵ Na dúvida, em favor da natureza. (tradução nossa).

engenharia genética, no tocante aos organismos geneticamente modificados, à clonagem e na exposição a campos eletromagnéticos gerados por estações de radiobase. (MILARÉ, 2011, p. 1071).

Entretanto, o cerne da questão é definir se o princípio da precaução pode ser usado como a base da definição dos crimes de perigo abstrato voltados à proteção ambiental. Paulo de Bessa Antunes (2010, p. 185) levanta as seguintes indagações, relativas à aplicação do princípio da precaução no âmbito do Direito Penal:

[...] será que o Princípio da Precaução pode ser alargado até o ponto de criar uma ‘presunção de culpa’ antes do evento danoso ter ocorrido? Será que a simples possibilidade de determinadas atividades virem a ser exercidas e a inexistência de uma certeza absoluta quanto aos seus efeitos pode determinar uma presunção de nocividade?

O uso da ameaça de uma sanção penal como reforço das medidas de precaução, definidas pelo gestor dos riscos, é crescente na sociedade atual, onde a aplicação de medidas visando a restrição de práticas supostamente lesivas, justificadas pela inexistência de conhecimento científico a respeito de suas consequências, passa a ser constante.

Na seara penal, essa restrição não pode ser feita por meio de tipos penais de lesão ou de perigo concreto, uma vez que o “[...] elemento externo, *ex post*, exigido para estas espécies normativas está, por princípio, ausente nas hipóteses de precaução”. (BOTTINI, 2010, p. 257).

Dessa forma, a única técnica legislativa possível para abarcar as regras de precaução é a tipificação dos crimes de perigo abstrato, onde a modificação externa resultante do comportamento não fica expressa na lei penal. Dessa maneira, formalmente, a ameaça de pena sobre descumprimento de medidas de precaução pode ser realizada por meio dos crimes de perigo abstrato.

Entretanto, tal fato não implica, automaticamente, na sua aceitação como materialmente legítima.

Na hipótese de uma compreensão dos tipos de perigo abstrato sob uma ótica de delitos de lesão ou como crime formal, a proteção de medidas de precaução pelo Direito Penal poderia ser entendida como justificável.

Nesse caso, há um entendimento de que os crimes de perigo abstrato interferem, por si mesmos, no âmbito de segurança da disponibilidade dos bens jurídicos. Dessa forma, a norma penal seria apta a proteger regras de precaução, já que a realização da conduta prevista

no tipo, mesmo que haja dúvida a respeito de sua periculosidade, seria idônea para perturbar a segurança dos bens jurídicos.

Assim, segundo Bottini (2010, p. 259-260),

[...] a utilização de técnicas ou de produtos cujos efeitos potenciais são desconhecidos pela ciência poderia ser objeto de proibição mediante normas penais, porque a materialidade destas não estaria atrelada ao risco, mas ao abalo da segurança. Conceber os crimes de perigo abstrato como delitos de lesividade própria, independentemente do risco apresentado para a integridade dos bens individuais mediamente protegidos, permite a verificação de tipicidade em atos sem periculosidade aparente ou demonstrada, como ocorre nos supostos do princípio da precaução.

Da mesma maneira, caso se concebam os crimes de perigo abstrato como delitos de mera conduta, tais normas podem ser consideradas reforço às regras de precaução, tendo em vista que o injusto penal, nesses casos, decorre da mera infração do texto legal, sem qualquer outro tipo de remissão. Nessa hipótese, o crime estaria consumado com a mera subsunção da conduta com o previsto nos tipos em comento.

Entretanto, tais propostas são baseadas em abstrações, sem qualquer vinculação com os interesses concretos das pessoas humanas como indivíduos, vale dizer, são lastreadas em interesses ditos difusos e genéricos, aptos a serem criados de maneira arbitrária, ao alvitre do detentor do poder, sem qualquer vinculação com uma política criminal direcionada para a proteção de bens jurídicos¹¹⁶. (BOTTINI, 2010, p. 261).

Ademais, os citados posicionamentos vão de encontro com os postulados de um Estado Democrático de Direito, onde o respeito à dignidade da pessoa humana e o respeito à liberdade são princípios básicos.

Nesse sentido, Silva (2003, p. 93) afirma que tal concepção de Estado não possui um fim em si mesmo, mas, ao contrário, deve

[...] estar a serviço do bem estar da população, não deve intervir na vida de seus súditos de modo arbitrário, proibindo condutas por mero dever de obediência, ou pretender conformar seus cidadãos a um determinado posicionamento político ou moral, com a ameaça de uma pena.

Nessa visão, portanto, “[...] sem exigir perigo real, os crimes de perigo abstrato carecem da necessária objetividade jurídica, salvo se for possível entender como tal a pura desobediência a uma norma jurídica, sem lesão ou sem ameaça a direito”, hipótese que afeta

¹¹⁶ No sentido da ilegitimidade dos crimes de perigo abstrato, entendidos como simples violação de uma norma ou como delitos de desobediência, vide item 5.2 do presente trabalho.

de plano a eleição da dignidade como a principal diretriz da atuação do Estado, mormente no exercício do seu *ius puniendi*. (OLIVEIRA, 2004, p. 95).

A linha de pensamento mais consentânea com os princípios inerentes ao Direito Penal e também com a necessidade de proteção do meio ambiente em face dos riscos da sociedade moderna, exige a existência de elementos materiais para a verificação da tipicidade nos crimes de perigo abstrato. Assim, somente será típica a conduta que oferecer risco ao bem jurídico, em uma perspectiva *ex ante*.

Para tanto, a periculosidade deve ser aferida por meio de elementos ontológicos e nomológicos, atestados por um observador objetivo, que se coloca no lugar do autor no momento da conduta, ou seja, com os conhecimentos especiais deste sobre a realidade dos fatos e com os conhecimentos científicos disponíveis da época, que confirmem o perigo potencial para o bem jurídico protegido.

Não havendo prova científica de que a ação prevista legalmente seria arriscada, o fator nomológico estaria excluído, vale dizer, a não comprovação da exigência de periculosidade como elemento típico afastaria a incidência da norma penal nos casos de precaução.

Entretanto, segundo Bottini (2010, p. 263), parte da doutrina “[...] flexibiliza os conceitos dogmáticos da materialidade delitiva, de maneira a permitir a aplicação do Direito Penal sobre hipóteses de precaução”.

Nesse sentido, a existência de meros indícios de risco, sem que haja uma periculosidade demonstrada cientificamente, com a substituição do saber nomológico pelo princípio da precaução nesses casos, seria suficiente para que houvesse a vedação de atividades tidas como arriscadas, “[...] pois a suspeita sobre os riscos envolvidos dotaria o comportamento de desvalor suficiente para garantir a aplicação da norma penal”, por meio dos delitos de crime abstrato. (BOTTINI, 2010, p. 265).

Entretanto, tal posicionamento permite a presença de mero indício de periculosidade como forma apta a justificar a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, levando à inversão do ônus da prova e permitindo a atuação do poder de punir do Estado em situações nas quais está ausente a comprovação da periculosidade, em clara afronta ao princípio da ofensividade.

Ademais, a permissão de incidência de sanção penal sobre comportamentos cujos riscos não são comprovados cientificamente abre caminho para o arbítrio do gestor de riscos,

alargando o espaço para considerações subjetivas ou para opções políticas simbólicas¹¹⁷ na definição dos delitos penais. (BOTTINI, 2010, p. 277).

Além disso, como não há qualquer comprovação científica sobre a periculosidade da conduta, sempre estaremos diante de uma presunção, fato que inexoravelmente levará ao autor da ação desvalorada o ônus de demonstrar a ausência do potencial lesivo de sua ação. Entretanto, nesses casos de precaução, tal refutação dos riscos presumidos não pode ser realizada pelo autor, já que não existem dados científicos disponíveis sobre a periculosidade de seu comportamento. Dessa forma, a presunção do perigo passa a ser *iuris et de iure*, ou seja, absoluta, hipótese na qual a simples infringência da norma já legitima a intervenção penal¹¹⁸.

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato não são legítimos, em uma análise formal e material, para abarcar o princípio da precaução no âmbito do Direito Penal.

Tais tipos penais somente podem ser considerados legítimos como forma de atuação do Direito Penal em uma atuação preventiva em face de condutas consideradas arriscadas, por meio de uma análise *ex ante* de fatores ontológicos e nomológicos, estes baseados na existência de certeza científica sobre a existência de perigo potencial em relação ao bem jurídico protegido.

7.1 Reflexões críticas sobre a legitimação do Direito Penal da precaução

Para Felipe Daniel Amorim Machado (2009, p. 74), no estágio atual do atual estágio do constitucionalismo democrático, “[...] a relação entre direito e política se evidencia primordialmente, a partir do movimento de positivação do direito iniciado no período iluminista do séc. XVII”.

Entretanto, diante da problemática atual consistente na existência de uma sociedade que produz riscos, mas ao mesmo tempo quer controlá-los, o panorama da relação entre o Direito e a política desvirtua o reconhecimento dos direitos fundamentais, uma das características principais do constitucionalismo democrático.

Tal retrocesso possui suas origens no debate dos direitos fundamentais em contrapartida à defesa social. De acordo com Bottini (2010, p. 269),

¹¹⁷ Janaína Conceição Paschoal (2003, p. 126), reconhece o perigo da utilização do Direito Penal para fins promocionais, tendo em vista que a resposta penal a uma determinada demanda social acarreta em uma fuga da responsabilidade do Estado em atender tal demanda. Diante disso, “[...] a incapacidade do Direito Penal de concretizar os direitos sociais faz com que sua utilização promocional se transforme em verdadeira medida simbólica”.

¹¹⁸ Sobre a infringência do princípio do ônus da prova, vide item 5.2 do presente trabalho.

[...] se, por um lado, a sensibilidade social às conseqüências lesivas das novas tecnologias gera demandas por uma gestão de riscos mais incisiva sobre determinadas atividades, por outro lado, os mecanismos de controle são refreados por um modelo de organização política que impõe limites ao cerceamento de liberdades, especialmente no que concerne ao direito penal.

Diante da sensação de insegurança, a percepção da sociedade de que o Estado, baseado no seu molde tradicional, não é mais capaz de lidar com a questão da segurança pública, acrescido de um sentimento de impunidade, faz com que seja criado um estado de emergência.

A referida sociedade, também chamada de sociedade do medo, “[...] pressiona o Estado a tomar medidas imediatistas, a fim de sanar o problema da criminalidade”. (MACHADO, 2009, p. 74).

Dessa forma, no afã de aumentar a proteção social, resultados remotamente prováveis ou apenas possíveis, segundo um juízo hipotético ou imaginário, passaram a ser puníveis, desde que tivessem potencial de causar perigo. (OLIVEIRA, 2004, p. 96).

Diante de tal ideologia do crescimento penal, simples desobediências às abstrações legais passaram a ser punidas, levando a uma sensação de eficácia duvidosa das normas penais, ampliando o desprestígio do Direito. (OLIVEIRA, 2004, p. 97).

As técnicas de tutela antecipada, de caráter formal, normalmente estabelecidas no exclusivo desvalor da ação ou na violação de um dever administrativo, são as mais usadas para abarcar os novos riscos da sociedade atual.

Dessa forma, como aduz D’Avila (2011, p. 93),

[...] percebe-se um forte distanciamento do tipo em relação ao conteúdo material do ilícito, o qual, na prática, não raramente, se perde por completo, acabando por não exercer qualquer papel em âmbito hermenêutico, nem mesmo para fins de delimitação do âmbito do tipo. É como se o “fragmento de realidade” que se quer proibir, após dar origem ao tipo, não mais importasse: o tipo alcançaria autonomia em relação ao seu fundamento material ao ponto de poder ser aplicado independente da sua efetiva existência, na linha de orientações neopositivistas.

Assim, para Machado (2005, p. 202),

[...] o movimento expansionista caracterizado pela criminalização de condutas não lesivas, pela antecipação de tutela ao perigo meramente abstrato e pela invasão do direito penal a áreas antes regulamentadas pelo direito administrativo denota uma atuação distinta da idealizada para um instrumento de *ultima ratio*. De outra parte, a aceitação da presunção e da estatística na prova do nexos de causalidade inverte o princípio do ônus da prova e os postulados da presunção de inocência.

Para que os tipos de perigo abstrato sejam considerados legítimos, eles devem ser empregados dentro de um Direito Penal que incida estritamente sobre atos que firam a liberdade de determinação do indivíduo, de forma proporcional, em observância a uma política criminal teleológica, coerente com o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal.

Isso exige que os tipos penais de perigo abstrato sejam materializados como normas destinadas ao cidadão, somente aplicadas quando afetarem, mesmo que de maneira mediata, os bens jurídicos decorrentes da fixação da dignidade humana como valor fundamental. (BOTTINI, 2010, p. 269).

Para que isso ocorra, é fundamental que o tipo penal de perigo abstrato tenha um conteúdo claro do injusto, que se manifesta por meio da verificação da periculosidade da conduta prevista (ou do seu objeto material), e praticada no tipo objetivo.

Assim, o injusto de tais crimes é fundado em dois requisitos, vale dizer, na sua vinculação teleológica a bens jurídicos merecedores de proteção penal e na verificação do risco que a conduta representa para tais bens, a ser feita pelo intérprete e aplicador da norma penal. (BOTTINI, 2010, p. 270).

Dessa forma, a dimensão penal do princípio da precaução não pode buscar sua legitimação em uma construção jurídica que eleve a simples validade do ordenamento ou a mera expectativa de cumprimento das normas como valores principais para a convivência social.

Da mesma maneira, tal dimensão não pode ser fundada na tese de que a natureza lesiva dos crimes de perigo abstrato afetaria bens difusos como, por exemplo, a segurança e o meio ambiente, sem vinculação com interesses humanos. Isso porque tal proposta insere uma disfunção no sistema penal de um Estado Democrático de Direito, ou seja, qualquer conduta poderá ser considerada passível de repressão penal.

As medidas de precaução, adotadas pelo Direito Penal, são voltadas para a proteção de interesses fundamentais como o meio ambiente, a saúde, etc. Entretanto, no caso concreto, fica difícil para o intérprete definir especificamente qual bem jurídico poderá ser atingido pela conduta desvalorada, já que não há dados que comprovem um potencial de dano na ação. Lado outro, nas medidas de prevenção, as atividades proibidas possuem periculosidade demonstrada (em observância ao princípio da ofensividade) em relação a um bem jurídico específico, fundamentado na dignidade da pessoa humana. (BOTTINI, 2010, p. 271).

A própria delegação normativa, realizada por inúmeros tipos de perigo abstrato de precaução, constantes na Lei nº 9.605/98, contribui para a indefinição dos bens jurídicos

passíveis de sofrerem dano com a conduta abstratamente proibida. Dessa forma, uma proibição penal genérica, atrelada a uma autorização administrativa, poderá conter, nos dizeres de Bottini (2010, p. 273), “[...] atividades inócuas, sem periculosidade alguma, criminalizadas apenas pela falta de autorização administrativa para sua realização”.

Assim, o que o Direito Penal da precaução protege é a obediência e a vigência das normas legais penais e administrativas, em favor de uma pretensa segurança da sociedade, amedrontada diante dos riscos propagandeados, como interesses autônomos, sem qualquer vinculação com os interesses individuais.

A verificação da existência do risco da atividade, portanto, em atenção à tipicidade material dos crimes de perigo abstrato, impede a aplicação de tipos penais a ações cuja periculosidade não esteja comprovada, hipótese que afasta, por completo, a legitimidade do Direito Penal da precaução.

Nesse sentido, Bottini (2010, p. 282-283) assevera que os crimes de perigo abstrato, normas que dão suporte ao Direito Penal da precaução, somente serão legítimos caso

[...] ostentarem um desvalor material, uma periculosidade para os bens jurídicos protegidos, que decorre da eleição da dignidade humana como vetor elementar do sistema penal. E a verificação dessa periculosidade não pode ser presumida, hipotética, mas deve decorrer de uma análise que agregue elementos ontológicos e nomológicos, que permita ao intérprete confirmar o desvalor do comportamento sob uma ótica teleológica, que impeça a aplicação formal e automática da norma penal.

A primeira parte do tipo penal previsto no art. 51 da Lei nº 9.605/98¹¹⁹ é um bom exemplo de norma prevista como forma de proteger uma simples obediência a uma medida administrativa, seja ela analisada de maneira formal ou material.

Caso seja adotada uma interpretação simplesmente formal do tipo, o mero ato de comercializar uma motosserra sem autorização administrativa já seria capaz de fazer incidir a sanção penal prevista no citado artigo. Entretanto, como já visto, tal interpretação infringe diretamente todos os princípios penais e constitucionais voltados para a dignidade da pessoa humana. Não se verifica, por meio de uma interpretação formal do referido tipo penal, ou por meio de uma interpretação que o considere um crime de mera conduta, qualquer aproximação palpável da ação proibida com uma possível ou provável lesão ao bem jurídico protegido. Ademais, a própria determinação do bem jurídico protegido, que, no caso, seria a proteção da flora, fica difícil de ser determinada, já que não há, na conduta descrita, qualquer menção, por

¹¹⁹ “Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”. (BRASIL, 1998).

exemplo, a algum ecossistema específico. Assim, a alegação de que a proteção da norma penal seria da flora como um todo, de maneira difusa, desprovida de qualquer comprovação da periculosidade da conduta ou de afetação a algum interesse humano, caracteriza uma medida de precaução que não pode ser admitida, pelos motivos já expostos. Na verdade, por meio de tal interpretação, o que se protege é a validade do ordenamento e a expectativa do seu cumprimento, elevados como valores principais para a convivência social.

Da mesma maneira, em uma visão material, o referido tipo penal também não deve ser acolhido. Isso porque, na hipótese na qual um comerciante vende uma motosserra para um cliente qualquer, não há uma comprovação científica, em uma análise *ex ante*, de que a simples comercialização de uma motosserra e o próprio objeto material são sinônimos de potencial dano ao meio ambiente protegido. A referida máquina pode ser usada para diversas finalidades, tanto de forma potencialmente danosa para o meio ambiente, como de forma favorável ou, até mesmo, de maneira indiferente ao bem jurídico protegido. Ela pode ser usada, por exemplo, para cortar, de maneira ilegal, árvores em locais protegidos, ou para erradicar vegetais daninhos como forma de proteção a um determinado ecossistema ou, ainda, para cortar madeira morta e legal em uma determinada fábrica de móveis. Não há, assim, uma comprovação científica de que tal comportamento sempre seja potencialmente danoso ao bem jurídico protegido, o que afasta, de plano, a incidência de tal norma, por absoluta ausência de periculosidade comprovada da conduta.

Ademais, também não devem ser utilizados, como parâmetros para a definição da periculosidade da conduta, dados estatísticos como sinônimos de certeza científica. A conduta não deve ser considerada típica, por exemplo, se porventura houver dados numéricos que informem que na maioria das vezes em que ocorre uma venda ilegal de uma motosserra, também ocorre um dano ao bem jurídico protegido. Isso porque o uso de dados matemáticos para a definição da incidência ou não do Direito Penal afronta diretamente os seus princípios norteadores¹²⁰.

Dessa forma, a primeira parte do referido tipo penal não deve ser acolhida como legítima a proteger o bem jurídico flora, já que, nos exemplos dados, o tipo penal, pela ausência de periculosidade da conduta, amolda-se a um Direito Penal da precaução.

Este, por sua vez, infringe os princípios da lesividade, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da proporcionalidade. (BOTTINI, 2010).

¹²⁰ Vide itens 2.2.2 e 6.2 do presente trabalho.

No primeiro caso, como já explicitado no presente trabalho, a comprovação da periculosidade por meio de conhecimentos científicos não pode ser substituída por uma simples presunção normativa. Além disso, é necessária a existência de um referente individual na proteção de um bem jurídico, sob pena de o princípio da ofensividade ficar reduzido a uma mera declaração formal de valor.

Em relação ao princípio da subsidiariedade, entendido como *ultima ratio*, caso haja espaço para a aplicação do Direito Penal da precaução, todas as condutas (ou seus objetos materiais) em relação aos quais não há comprovação de periculosidade, podem ser objeto de constrição penal. Dessa forma, o injusto penal deixa de ser a periculosidade, visto como garantia de aplicação subsidiária do Direito Penal, e passa a ser a presença de indícios de risco, em uma concepção extremamente subjetiva na sua definição.

Já o princípio da fragmentariedade fica violado, tendo em vista a indeterminação dos bens jurídicos merecedores de proteção penal, fato que leva a um alargamento do âmbito de proteção do Direito Penal como forma de coibir toda e qualquer conduta, inclusive aquelas desprovidas de qualquer perigo de dano.

Por fim, a proporcionalidade também é infringida, tendo em vista que, no Direito Penal da precaução, há ausência de conhecimento científico sobre o potencial lesivo da conduta, bem como sobre quais bens jurídicos devem ser protegidos com a ação desvalorada penalmente. Isso porque tal princípio é constituído pela significância do bem jurídico, situação que molda a intensidade da sanção, de forma proporcional à sua importância.

Não se pode esquecer, entretanto, que o princípio da precaução é de suma importância no âmbito do Direito Administrativo. Dessa forma, diante da incerteza científica a respeito dos riscos de uma atividade, tal forma de controle social poderá atuar de forma mais contundente e eficaz do que o Direito Penal, já que há um tratamento menos rigoroso na definição das ações tidas como ilícitas. (BOTTINI, 2010, p. 285).

Dessa forma, conforme ensina Bottini (2010, p. 287), “[...] fica patente a incompatibilidade do direito penal da precaução com os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito”.

Entretanto, não obstante haja absoluta ausência de legitimidade em um Direito Penal da precaução, os Estados democráticos, incluindo o Brasil, insistem na sua aplicação. De acordo com Luis Luisi (2003, p. 325),

[...] ao invés de procurar o caminho das soluções, partindo da necessidade de preservar a autonomia da pessoa humana e uma esfera de liberdade ao cidadão, vem

adotando o caminho inverso. As medidas repressivas, chegando algumas a violações graves da privacidade, se fazem cada vez mais numerosas.

Assim, cabe ao intérprete da lei penal, no caso concreto, definir se a proibição típica é resultante da aplicação do princípio da precaução, quando então deverá afastar a incidência da norma, ou se é resultante do princípio da prevenção, por meio da verificação da existência da periculosidade da conduta, hipótese extrema que legitima a intervenção do Direito Penal da prevenção.

8 CONCLUSÃO

A sociedade atual é uma sociedade de riscos globais, não mais setorizados. Após a superação do clássico modelo industrial, houve um grande desenvolvimento do saber técnico-científico que conferiu ao homem um relativo poder e controle sobre os fenômenos da natureza, até então responsáveis pelas ameaças à sua sobrevivência. Entretanto, o processo de socialização da natureza e o crescente desenvolvimento de novas tecnologias acarretaram o surgimento de novas ameaças, vale dizer, os riscos tecnológicos.

Diante do desequilíbrio existente entre a rapidez do surgimento de novas tecnologias e a ausência de precisos instrumentos de avaliação e medição, a sensação de incerteza e insegurança em relação ao futuro sobressai na sociedade, já que tais riscos normalmente não são passíveis de previsão e não podem ser delimitados no tempo.

Dessa forma, há um constante conflito de interesses, já que os sistemas sociais de controle dos riscos devem responder aos anseios da sociedade por uma maior segurança, mas, ao mesmo tempo, não devem adotar medidas que impeçam o seu desenvolvimento econômico e social. Tal conflito de interesses incide na análise dos riscos e no grau de perigo tolerado nas atividades econômicas.

O sistema social de controle mais impactante sobre a vida do cidadão é o decorrente do Direito Penal, já que incide sobre a sua liberdade. Diante dos novos riscos de proporções inimagináveis que afetam diretamente a qualidade de vida do homem e podem, inclusive, acabar com a existência da Terra, há o desenvolvimento de todo um arcabouço jurídico em nível constitucional e infraconstitucional, com o objetivo de conservar e proteger o meio ambiente. No Brasil, foi editada a Lei nº 9.605/98, também chamada de “Código Penal Ambiental”, que definiu diversos crimes ambientais e suas penas, como forma de dar concretude ao regramento constitucional previsto no § 3º do seu art. 225.

O Direito Penal deve atuar, portanto, no sentido de atender as demandas na gestão ambiental dos novos riscos, mas, ao mesmo tempo, não deve afastar-se dos seus princípios e garantias voltados para a defesa do cidadão em face do poder punitivo estatal.

A tutela penal, em um Estado Democrático de Direito, não pode estar dissociada do pressuposto do bem jurídico, entendido como um valor criado a partir da consciência coletiva de um povo em um determinado momento histórico, que emite um juízo de valor sobre determinada situação, posteriormente reconhecido pelo Estado como um valor digno de proteção. Ademais, deve sempre estar atrelado à ideia de proteger, mesmo que de forma mediata, os interesses da pessoa humana, como objeto final da proteção da ordem jurídica.

Nesse sentido, foi dentro de uma perspectiva de melhoria de qualidade de vida e de bem-estar a serem alcançados é que a Constituição Federal de 1988 previu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e indispensável à vida e ao desenvolvimento humano como direito fundamental.

A diretriz da gestão de riscos, por sua vez, é baseada no princípio da precaução, que impõe limites às atividades sobre as quais não há certeza científica ou estatística sobre o grau de periculosidade, mas apenas indícios de riscos.

As citadas medidas de precaução são protegidas pelo Direito Penal por meio dos tipos penais de perigo abstrato que não exigem, para a caracterização do injusto penal, no texto expresso da lei, qualquer necessidade de ocorrência de resultado lesivo ou de perigo concreto ao bem jurídico protegido.

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato devem ser considerados e avaliados em uma perspectiva atenta às finalidades do Direito Penal inserido em um Estado Democrático e Social de Direito que possui, por razão última, a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, não se pode acolher a tese de que os referidos tipos penais são crimes formais ou de mera conduta ou que seriam legítimos por possuir em si mesmos uma presunção de periculosidade, mesmo que não comprovada no caso concreto.

Tais posicionamentos visam, na verdade, a proteção da vigência da norma e permitem uma expansão ilimitada do Direito Penal, ao abrir espaço ao gestor de riscos para incriminar toda e qualquer conduta pela mera desobediência à letra da lei.

Da mesma maneira, o Direito Penal não deve ser usado para a proteção de bens jurídicos difusos, sem qualquer referência imediata ou mediata aos interesses humanos concretos, motivo pelo qual adotar a concepção de que a segurança seria um bem jurídico apto a ser protegido por tipos penais de perigo abstrato não se coaduna com a finalidade imprescindível de defesa da dignidade do ser humano.

Para que haja coerência com os princípios norteadores da Constituição Federal, os crimes de perigo abstrato devem estar direcionados à tutela de bens jurídicos lastreados, mesmo que de forma mediata, nas condições necessárias ao livre desenvolvimento dos indivíduos.

Assim, devem ser observados, para a sua aplicação e conseqüente legitimidade, os princípios penais da legalidade, da subsidiariedade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e, principalmente, da lesividade ou ofensividade.

Dessa forma, o injusto penal nos crimes de perigo abstrato necessariamente requer, para que possua legitimidade, uma comprovação da periculosidade da conduta ou do objeto material da conduta em face do bem jurídico protegido.

Isso somente pode ser conseguido por meio de uma análise *ex ante* da própria conduta, através da verificação dos elementos ontológicos, vale dizer, dos conhecimentos especiais do autor, e elementos nomológicos, ou seja, dos conhecimentos científicos disponíveis sobre os reais riscos da ação ou omissão.

Assim, deve haver uma nova interpretação do princípio da ofensividade, no sentido de considerar ofensivo não somente a lesão ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico a ser tutelado, mas também o potencial perigo de lesão, diante da constatação da periculosidade da conduta do agente.

O juiz, para constatar a periculosidade da conduta, deve avaliar os especiais conhecimentos do autor sobre a situação fática e o contexto no qual a ação foi realizada, bem como os conhecimentos científicos gerais à época que atestem a potencial periculosidade da conduta em relação aos cursos causais da ação e as projeções futuras do risco.

Ademais, a existência de simples dados estatísticos a respeito dos pretensos riscos ou a relevância, por si só, do bem jurídico, não são justificativas aceitáveis para a intervenção do Direito Penal, pois há uma afronta direta aos seus princípios basilares, mormente ao princípio da lesividade.

Dessa forma, o intérprete da lei penal deve, ao analisar o caso concreto, verificar o conteúdo semântico e teleológico da norma penal de perigo abstrato, para somente reconhecer o injusto penal como legítimo nas hipóteses nas quais existam comportamentos comprovadamente perigosos para os bens jurídicos protegidos. Diante disso, resta claro que as medidas de precaução não possuem tal periculosidade, uma vez que há o total desconhecimento científico a respeito dos riscos envolvidos.

Assim, é fundamental uma visão material dos crimes de perigo abstrato, por meio de critérios ontológicos e nomológicos, para que a periculosidade da conduta seja atestada, resultando na legitimidade dos referidos tipos penais e na limitação da expansão do Direito Penal na gestão de riscos. O referido ramo do Direito deve ser chamado a atuar somente nas situações comprovadamente perigosas, em uma função preventiva e não de proteção das medidas de precaução previstas legalmente.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Juan Oberto Sotomayor. ¿El Derecho Penal garantista em retirada? **Revista de Estudos Criminais**, ano VIII, n. 28, 2008.

ALFARO, Luis Miguel Reyna. Cuestiones básicas Del derecho penal del ambiente: reflexiones desde el derecho peruano. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n. 41, jan.-mar. 2003. p. 51-77.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental: aspectos fundamentais. *In*: FARIAS, Talden; COUTINHO, Franciscio Seráfico da Nóbrega (coords.). **Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 160-194.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENJAMIM, Antônio Herman V. Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o Direito Penal. **Revista de Informação Legislativa**, ano 42, n. 168, out/set. 2005, p. 155-166.

BRASIL. **Lei N. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 17 mar. 2014.

BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 jan. 2014.

CALLEGARI, André Luís. A concretização dos direitos constitucionais: uma leitura dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade nos delitos sexuais. *In*: STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega. Confrontações teóricas entre o Princípio da Precaução, a nova hermenêutica e a prática jurisdicional. *In*: FARIAS, Talden; COUTINHO, Franciscio Seráfico da Nóbrega (coords.). **Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 47-69.

CRUZ, Danielle da Rocha. Breves comentários acerca da tutela jurídico-penal do meio-ambiente. *In*: FARIAS, Talden; COUTINHO, Franciscio Seráfico da Nóbrega. (coords.) **Direito Ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

D'AVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal: o problema da expansão da intervenção penal. **Revista de Estudos Criminais**, ano X, n. 42, 2011. p. 91-101.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n. 67, 2007. p. 29-55.

DARCIE, Stephan Doering. O perigo na perspectiva do direito penal: uma análise acerca dos elementos constitutivos da noção penal de perigo. **Revista de Estudos Criminais**, ano X, n. 37, 2010. p. 37-65.

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.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. ano 9, n. 33, jan./mar. 2001. p. 39-66.

FARIA, Maria do Carmo B. de. **Direito e Ética**: Aristóteles, Hobbes, Kant. São Paulo: Paulus, 2007.

FARIAS, Talden. **Introdução ao Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêia de. **Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal**. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais. *In*: STREK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *jus puniendi*,

o princípio da ofensividade como limite do *jus poenale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na política criminal. **Revista de Estudos Criminais**, ano VIII, nº 29, 2008. p. 9-20.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a um bien jurídico penal? *In*: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Ediciones jurídicas y sociales, S.A., 2007.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Trad.: André Luís Calegari. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de Nereu José Giacomolli. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Trad.: Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JONAS, Hans. **O princípio da Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganoso**: as Drogas Tornadas Ilícitas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Estado de direito ambiental no Brasil: uma visão evolutiva. *In*: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (coords.). **Direito ambiental**: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 115-129.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coords.). **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, vol. 97, jul./ago. 2012.p. 147-175.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Direito e política na emergência penal: uma análise crítica à flexibilização de direitos fundamentais no discurso do Direito Penal do Inimigo. **Revista de Estudos Criminais**. ano IX, n. 34, 2009. p. 69-92.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MALAREE, Héran H. **Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho**: el objeto protegido por la norma penal. Barcelona: PPU, 1991.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal**: do perigo proibido e risco permitido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIR, Cerezo. *Prefácio*. *In*: PRADO, L.R. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. A segunda modernidade na conjuntura ambiental. **Meridiano 47**, n. 117, abr. 2010.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Por uma bioética da biodiversidade. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 27, 2013. p. 58-68.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Marco Aurelio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista de Estudos Criminais**. Ano IV, n. 15, 2004. p. 95-99.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Trad.: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Gráfica Metrópole S.A, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIRES, Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca. O princípio constitucional da legalidade da intervenção penal e tipicidade penal: algumas questões acerca do direito penal secundário. **Revista de Estudos Criminais**. Ano X, nº 41, 2011. p. 103-125.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**: legitimação *versus* deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REALE, Miguel. **O homem e a natureza**. Academia Brasileira de Letras, 2004. Disponível em:
<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from%5Finfo%5Findex=26&in_foid=2277&sid=388>. Acesso em: 05 dez. 2013.

REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves. **Práticas Processuais Penais**: uma contribuição para a Adequação Constitucional da Persecução Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

RODRIGUES, Roberto da Rocha. O princípio da legalidade na execução penal: uma abordagem crítica a luz do garantismo. **Revista de Estudos Criminais**. Ano IV, nº 15, 2004, p. 143-161.

RODRIGUES, Savio Guimarães. Critérios de Seleção de bens jurídico-penais: em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 20, vol. 97, jul./ago. 2012, p.183-213.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**. Ano VII, n. 39, ago./set. 2006, p. 43-62.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad.: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad.: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. Trad.: Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 13, n. 53, mar./abr. 2005. p. 9-37.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **O risco da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito Penal da Sociedade de Risco**. Política Criminal, nº 03, 2007, A7, p. 1-21. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_7_3.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. *In*: STRECK, Lenio Luiz (org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VARGAS, José Cirilo de. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1987.

WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos Princípios de Direito Internacional do meio ambiente. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad.: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.