

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

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

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, por ocasião do XXV Congresso Nacional do Conpedi, em Curitiba/PR.

Os textos que ora se apresentam, ecléticos que são pela própria amplitude das ideias que contemplam e porque elaborados por autores que estão cientes do papel social que possuem na consolidação de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, demonstram a riqueza das ideias que norteiam o direito penal e o direito processual hodierno.

Os trabalhos contêm estofo interdisciplinar e contemplam desde a dogmática individualista tradicional até as transformações dogmáticas mais aptas à tutela do bem jurídico transindividual. As ideias transbordam o direito nacional e traduzem questões que afetam a modernidade globalizada, e dizem respeito tanto aos aspectos materiais como processuais de uma modernidade que reclama, mais do que nunca, que cada cidadão exerça efetivamente o seu papel social.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal e o direito processual penal, como segmentos de controle social de caráter formal e residual, carecem de aperfeiçoamento, principalmente porque subjacentes, hoje, às discussões que envolvem a pertinência das leis e do trabalho dos envolvidos na persecução penal desde sua etapa primeva.

Os textos ora apresentados refletem a vivência de uma sociedade complexa e plural, carecedora de práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições. Daí a razão pela qual a leitura permitirá vislumbrar o cuidado que cada autor teve de apresentar textos críticos, que por certo contribuirão para modificações legislativas e práticas materiais e processuais que alimentem o direito penal e o direito processual penal de molde a guardarem mais pertinência à Constituição Federal de 1988 e aos reclamos da sociedade hodierna.

Tenham todos ótima leitura e que venham os frutos das ideias acima destacadas!

Prof. Dr. Fábio André Guaragni - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

1- CRIMINALIZAÇÃO AMBIENTAL NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DE RISCO
ENVIRONMENTAL CRIMINALIZATION FROM THE PERSPECTIVE OF RISK SOCIETY

Marcos Cardoso Atalla ¹

Resumo

o presente artigo tem por objetivo analisar a criminalização ambiental sob o enfoque de uma sociedade de risco, denominação dada pelo sociólogo Ulrich Beck, no período pós industrial. Serão discutidas as características de tal sociedade, bem como sua relação com o direito penal. Posteriormente, será analisada a proteção do bem jurídico difuso, fruto da expansão do direito penal em virtude do surgimento da sociedade de risco. Por fim, será feita uma reflexão no que tange à construção dos delitos ambientais, através da análise dos conceitos dos delitos de perigo abstratos e da acessoriedade administrativa

Palavras-chave: Sociedade de risco, Delitos, Meio ambiente

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the environmental criminalization from the standpoint of risk society, denomination coined by sociologist Ulrich Beck, in the post-industrial era. Will be discussed the characteristics of such a society, and its relationship to criminal law. Subsequently, the protection of diffuse juridical asset, driven by the expansion of criminal law as consequence of the emergence of risk of society will be analyzed. Finally, a reflection with regard to the construction of environmental offenses through the analysis of the concepts of criminal offenses of abstract peril and of ancillary administration will be done.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Risk society, Misdeeds, Environment

¹ Delegado Regional da Polícia Civil de Minas Gerais e mestrando em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara

INTRODUÇÃO

A sociedade em que vivemos experiênciamos um momento bastante singular. Estamos na era da globalização, fenômeno que repercute em todas as relações sociais do indivíduo. O mundo mudou, não há mais barreiras ideológicas que separam países, estamos conectados e vivendo numa aldeia global única. As relações entre países sejam na esfera econômica ou social se tornaram mais frequentes, as pessoas transitam com mais facilidade entre diversos territórios. Nesse contexto social, surgem novas tecnologias que contribuem com o desenvolvimento do ser humano. Todavia, não foram só boas notícias que a globalização e a sociedade pós-industrial trouxeram para o mundo. Essas mudanças acarretaram inúmeras consequências no setor econômico e nas relações intersubjetivas. Vivemos hoje a chamada sociedade de risco, uma sociedade que ao mesmo tempo desfruta das facilidades e das benesses da globalização, mas também sofre com o aparecimento de novos riscos que podem ofender a vida e a integridade física das pessoas ou demais bens jurídicos protegidos. Esse cenário é propício para o aparecimento de uma nova criminalização. Esses novos delitos se apresentam como desafio à dogmática clássica penal, pois tratam-se de delitos que não respeitam fronteiras territoriais, o bem jurídico ofendido não pertence a um indivíduo ou a indivíduos determináveis, o sujeito passivo pode ser uma comunidade inteira, configurando-se em um verdadeiro direito penal supra individual, exigindo uma revisão ou uma flexibilização da teoria do direito penal. É nesse contexto que os delitos contra o meio ambiente se situam, ou seja, os delitos ambientais estão inseridos no contexto de novas criminalizações da sociedade moderna.

Tomando como pano de fundo este panorama, o presente artigo tem o objetivo de analisar e discutir sobre essas novas criminalizações e mais especificamente os delitos ambientais. No primeiro momento, será analisado o conceito de sociedade de risco e as consequências sobre as novas tipificações e sua repercussão na dogmática penal. O conceito terá como ponto de partida as definições do sociólogo e professor alemão Ulrich Beck e, posteriormente, a repercussão deste tema na visão de doutrinadores penalistas.

No segundo momento, será discutida a questão da proteção do bem jurídico mostrando a necessidade de uma reflexão em virtude de que a titularidade não é mais de um indivíduo, mas de uma coletividade. Passa-se de bem jurídico individual para bem jurídico difuso. Tal questão será também analisada à luz dos princípios constitucionais penais.

Por fim, argumentaremos que, para a construção dos delitos ambientais, utiliza-se delitos de perigo bem como instrumentos do direito administrativo na redação do referido

crime. Logicamente tal medida terá repercussão. Em primeiro lugar, no princípio da ofensividade, já que os delitos de perigo criam um verdadeiro direito penal do risco; em segundo lugar, que acessoriedade administrativa transfere para outro ramo do direito, que não o penal, a competência para definir se tal conduta é crime ou não.

A metodologia utilizada para a realização do trabalho será o método descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa referente à criminalização ambiental dentro do contexto da sociedade de risco.

Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa serão a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica, que instruiu a análise da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos na ordem dogmática.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros, principalmente nas leituras do autor Paulo Silva Fernandes sobre Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal; a do autor Jesús-Maria Silva Sánchez, no livro “A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais”; e, por último, do autor Pierpaolo Cruz Bottini, na obra “Crimes de Perigo Abstrato”.

1. SOCIEDADE DE RISCO

A expressão sociedade de risco foi elaborada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck em seu livro com a mesma denominação. O referido autor revela o surgimento de nova sociedade que, em virtude da modernização e da produção de riqueza, também produziu o risco que gerou um enorme sentimento de insegurança entre os indivíduos.

O avanço da tecnologia e uma crescente produção industrial foram motivos ensejadores do surgimento de uma sociedade embasada no risco. Esses fatores, amparados com uma produção científica, alimentavam ainda mais o surgimento da referida sociedade. Nesse sentido, o autor Pierpaolo Cruz Bottini (2011, p. 35) revela que:

A sociedade de risco é fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, que organiza produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. Esse modelo econômico exige dos agentes produtores a busca por inovações tecnológicas que permitiam a produção e a distribuição de insumos em larga escala, sob pena de perecimento por obsolescência. A produção artesanal é substituída pela produção industrial, que atinge um número maior de consumidores e apresenta custos mais baixos, por meio da agregação de técnicas inovadoras.

O desenvolvimento econômico, as novas tecnologias e a corrida pelo aumento da produção e o consumismo levaram a uma mudança radical no comportamento da sociedade. Vivemos uma corrida contra o tempo, trabalhamos para consumir cada vez mais, surgindo assim novas relações sociais nesse cenário de disputa e individualismo. Colaborando com esse entendimento, Alamiro Velludo Salvador Netto (2006, p. 86), em seu livro “Tipicidade penal e sociedade de risco” nos mostra que:

A criação de novas tecnologias importa no estabelecimento de também novas relações sociais. O mundo atual é estruturado principalmente por riscos humanamente criados, diminuindo por completo quase que todos os espaços destinados às mágicas e, diante disso, redundando na assimilação pelo direito de todos os papéis de outorga valorativa de sentido, antes dividido com a ética ou a tradição. A violência militar (belicismo), a agressão ao meio ambiente, as fraudes gigantescas no cerne das corporações globalizadas não podem ser controladas pela tipificação estabelecida para os crimes de baixa complexidade.

Alicerçada nesses valores tais como, disputa, individualismo, consumismo; essa sociedade de risco alimentou nas pessoas o sentimento de insegurança e medo. Vivemos constantemente em alerta em virtude dos riscos que nós mesmos produzimos através de um modo de vida em que a competição e o individualismo se sobrepõem a uma relação de solidariedade. Nesse sentido, o autor Paulo Silva Fernandes (2001, p. 45) descreve:

Se vivemos em (sociedade do) risco, também se poderá dizer que vão-se assumindo os contornos de uma sociedade da insegurança: é precisamente esta que caracteriza o ser dos nossos tempos. A insaciável busca pela segurança afecta, ainda segundo VILLAMOR MAQUIERA, “o homem, a família, a sociedade, o Estado e o Direito... Demanda-se segurança no trabalho, segurança no futuro, segurança do Estado, segurança do cidadão, segurança social, proteção civil, segurança nacional, seguros privados de toda a índole, segurança económica. Este apetite pela segurança chega até aos factos da vida quotidiana.

Esse sentimento de insegurança, motivado pelo aparecimento de novos riscos, cria ainda novas ameaças e uma disputa entre indivíduos, como bem destaca Ulrick Beck (2011, p. 57):

Nesse sentido, a sociedade de risco produz novas oposições de interesse e um novo tipo de solidariedade diante da ameaça, sem porém que se saiba ainda quanta carga ela pode comportar. Na medida em que as ameaças da modernização se acentuam e generalizam, revogando portanto as zonas residuais de imunidade, a sociedade de risco (em contraposição à sociedade de classes) desenvolve uma tendência à unificação objetiva das suscetibilidades em situações de ameaça global. Assim, amigo e inimigo, leste e oeste, em cima e embaixo, cidade e campo, preto e branco, sul e norte são todos submetidos, no limite, à pressão equilibrante dos riscos civilizacionais que se exacerbam. Sociedade de risco não são sociedades de classes – mas isto ainda é pouco. Elas contêm em si uma dinâmica evolutiva de base democrática que ultrapassa fronteiras, através da qual a humanidade é forçada a se congrega na situação unitária das auto ameaças civilizacionais.

Dessa forma, o sentimento de insegurança arraigado na sociedade de risco traz novas ameaças e vai surgindo o clamor de segurança para todos os níveis de relações sociais. Sobre a institucionalização da insegurança, Silva Sánchez (2013, p. 37) descreve que:

A sociedade pós-industrial é, além da “sociedade de risco” tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização com um sociedade de “objetiva” insegurança. Desde logo, deve ficar claro que o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são ainda desconhecidos e, em última análise manifestar-se-ão anos depois da realização da conduta, introduzem um importante fator de incerteza na vida social. O cidadão anônimo diz: “Estão nos matando, mas não conseguimos ainda saber com certeza nem quem, nem como, nem a que ritmo. Essa realidade faz tempo que os especialistas descartaram excessivamente remota possibilidade de neutralizar os novos riscos, significando que é preferível aprofundar-se nos critérios de distribuição eficiente e justa dos mesmos-existentes e em princípios não neutralizáveis. O problema, portanto, não radica mais nas decisões humanas que geram riscos, senão também nas decisões humanas que os distribuem.

Diante desse contexto, podemos vislumbrar que a insegurança, os riscos, as ameaças e a intranquilidade são características da sociedade de risco, sociedade que se consolidou com o intenso desenvolvimento econômico e o avanço da tecnologia. Nesse cenário, é necessário destacar a importância do direito penal como instrumento de controle social numa sociedade conturbada em virtude do aparecimento de novos riscos que, de certa forma, fomentam o surgimento de novas criminalizações. Esse diagnóstico é observado por Bottini (2011, p. 87) que nos mostra que:

A consolidação da sociedade de riscos impacta a construção e a compreensão do direito penal. Este modelo de organização paradoxal, que necessita do risco para o desenvolvimento das relações econômicas e, ao mesmo tempo, refuta esse mesmo risco e busca mecanismos de inibição de sua produção, interfere na elaboração do discurso penal. 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 e contenção de atividades inovadoras. A dúvida sobre a medida e o grau da pena, sobre quais comportamentos arriscados realmente interessam ao direito penal, conflitos políticos subjacentes à atividade de gestão de riscos far-se-ão presentes em todas as etapas, de construção à aplicação dos tipos, da atividade legislativa ao labor interpretativo. A demanda pela expansão do direito penal sobre os novos riscos vem acompanhada de uma contra-argumentação de ordem econômica, que sugere a retração dos âmbitos de abrangências das normas criminais, sob pena de paralisação de todas as atividades produtivas. Mais uma vez vê-se o gestor de riscos, que pode ser o legislador ou o juiz em meio a um conflito que perpassará toda a atividade política criminal.

Feitas essas observações, vemos que a consolidação da sociedade de risco requer uma nova compreensão do direito penal no sentido de dar uma maior efetividade e legitimidade no

momento em que ele é chamado a realizar um controle social em virtude das criminalizações oriundas dessa nova sociedade.

Nessa relação entre sociedade de risco e direito penal, Alves (2008, p. 4) de forma esclarecedora nos mostra que:

O debate sobre um direito penal edificado numa sociedade de risco formada com a globalização pode ser dividido, segundo Ripollés, em três grandes blocos: a) uma reflexão sobre a generalização de novos riscos na sociedade moderna derivados do emprego de novas tecnologias (chamados de riscos artificiais); b) dificuldade de responsabilização pelos riscos a pessoas individuais ou coletivas devido à falta de controle sobre os riscos, não ficando claro quem está a produzir o risco; c) um generalizado sentimento de insegurança coletiva frente aos riscos, mediante a cobertura midiática dos sucessos ou perigos do avanço científico ou tecnológico. Para o penalista espanhol, o Estado vale-se de diversos mecanismos para controlar os riscos e amenizar os temores da coletividade, valendo-se, entre outros, da política criminal.

Nesse conflito entre essa nova sociedade que se forma impregnada de riscos e o direito penal, Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 160) nos alerta para a dificuldade da ciência penal em dar respostas satisfatórias a essa nova realidade:

Na verdade, como poderão os novos ou grandes riscos – que ameaçam grupos indeterminados de pessoas, quando não a generalidade delas ou mesmo a humanidade no seu todo, e têm origem em actuações profundamente diversificadas no espaço e no tempo, ocasionadas no âmbito de uma acentuadíssima repartição de funções, de tarefas e de competências – ser contidos ou obviados por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípua e cujo objeto de tutela seja constituído de bens jurídicos individuais reais e tangíveis (e portanto actuais), quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima ?

Com a finalidade de dar uma resposta satisfatória para essas novas demandas, muitos defendem o expansionismo do direito penal, elaborando assim novas criminalizações de condutas apontadas como geradoras de riscos para sociedade. Podemos apontar como exemplos de condutas que geram riscos: delitos contra o mercado financeiro, atividades potencialmente nocivas ao meio ambiente, condutas que modificam o material genético, a questão da energia nuclear, enfim, campos até então estranhos às ciências penais.

Nesse embate, temos, de outro lado, penalistas que defendem posição contrária, alegando que não cabe ao direito penal interferir nessas novas condutas, pois a dogmática penal clássica e o princípio da *ultima ratio* impediriam a interferência penal, que se aplicaria apenas a bens jurídicos mais importantes.

Diante desse panorama, é necessário que se faça uma reflexão mais profunda sobre a função do direito penal, não cabendo prolongar essa demanda se o direito penal tem ou não

legitimidade para interferir nessas novas condutas. Certo é que a sociedade de hoje mudou, necessitando uma proteção diversa da que era feita antes já que as demandas e as necessidades da coletividade são diferentes. Frente à sociedade de risco, não podemos negar, portanto, que o direito penal deva ser chamado a garantir a proteção do cidadão, agora se essa intervenção é satisfatória ou não é outro dilema, conforme nos aponta Figueiredo Dias (2001, p. 159):

Este tópico suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis. Nas suas implicações com a matéria penal, ele quer pôr em evidência, a ideia de uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo. Uma tal ideia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivaram de ações humanas próximas e definidas para contenção das quais, numa palavra, era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio; paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela ideia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida. Ora, diz-se, para tutela destes novos ou grandes riscos – afinal, dos riscos que ameaçam as gerações futuras e que suscitam ao direito penal, no exacto dizer de Schuller-Springorium a propósito do direito penal do ambiente, problemas de mega-dimensões – não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado.

Não há mais espaço para negar a intervenção do direito penal nessa nova sociedade onde novas condutas demonstram potencial de risco à vida e à integridade física das pessoas. Todavia, é necessário uma flexibilização e uma nova leitura da dogmática penal clássica para que se possa dar efetividade na atuação do direito penal. Dessa forma, passaremos, o próximo tópico, a discutir a questão do bem jurídico difuso, característica dos novos delitos, mais especificamente os crimes ambientais que se apresentam na dinâmica de uma sociedade de risco.

2. O DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS DIFUSOS

A orientação do direito penal está estritamente vinculada ao conceito de bem jurídico e sua dimensão. É certo que os parâmetros de atuação da norma penal nas condutas dos indivíduos passam para um exame e valoração do bem jurídico. Antes de adentrarmos no conceito de bens jurídicos difusos como parâmetro na tipificação dos delitos ambientais é necessário estabelecer

uma definição do que é bem jurídico e como ele se constrói e quais valores a serem estabelecidos nessa referida construção.

Com bem sintetiza Toledo (1994, p. 16), em seu livro “Princípios básicos de Direito Penal”,

O conceito de bem jurídico, assim sintetizado, resultou de lenta elaboração doutrinária, empenhada na busca de um conteúdo material para o injusto típico, do qual se pudesse deduzir orientação segura para aplicação da lei penal. Primeiramente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de direitos subjetivos (época das luzes, especialmente Feuerbach); depois na lesão ou exposição a perigo de interesses vitais (fins do século XIX); por fim chegou-se à conclusão de que o conteúdo material do injusto só poderia ser a lesão ou a exposição a perigo de um bem jurídico. Frise-se porém – e isto está implícito nas considerações iniciais que nem todo bem é um bem jurídico. Além disso, nem todo bem jurídico como tal se coloca sob a tutela específica do direito penal.

Dar conceitos é, de certa forma, perigoso, pois eles acabam limitando o instituto jurídico que, no caso em questão, é o bem jurídico. Sua conceituação varia de acordo com os valores jurídicos e filosóficos absorvidos pela sociedade em determinado momento histórico da civilização ocidental. Nesse sentido, escreve Luiz Regis Prado (2013, p. 44):

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

Ocorre que, apesar da dificuldade da conceituação, o mesmo autor dá uma definição que nos mostra a importância e amplitude do Bem Jurídico. De forma clara e concisa, Luiz Regis Prado (2013, p. 52) revela que:

O bem jurídico vem a ser 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. E segundo a concepção acolhida, deve estar sempre em compasso com quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o paradigma do legislador penal infraconstitucional. A ideia do bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.

A dificuldade de conceituação também é apontada pelo Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 43) que nos mostra que:

A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até ao momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.

Podemos perceber que a construção do bem jurídico se faz através dos valores inculcados e escolhidos pela sociedade de um determinado Estado. A manifestação desses valores se mostra nas Constituições que cada país. Assim, num Estado Democrático de Direito, o bem jurídico deverá ser reflexo dessa escolha, ou seja, haverá um direito penal garantidor de valores democráticos. Assim, as Constituições de cada Estado influenciam na determinação dos bens jurídicos tuteláveis. Nesse sentido, relata Francesco C. Pallazzo (1989, p. 84):

E de fato, quanto mais se manifesta possível a formulação rigorosa de um catálogo de bens jurídicos constitucionalmente individuados como objetos da tutela penal, tanto mais penetrante será a influência da Constituição no sistema e, antes de tudo, na política criminal do ordenamento.

Nesses termos, podemos dizer que a construção do bem jurídico penal se faz obedecendo aos valores difundidos pela Constituição. No caso da República brasileira, que tem como pilares o Estado de Direito e a democracia, caberá a construção de um direito penal fundado nesses princípios e demais valores eleitos pelo legislador constituinte. Todavia os parâmetros do legislador não se podem basear apenas nos valores constitucionais, mas devem-se orientar também pelos princípios da dogmática penal. Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado (2013, p. 66) que, “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”.

Assim, diante desse contexto, a construção de um bem jurídico penal se faz dentro de duas vertentes. O legislador infraconstitucional deverá ter como orientação: primeiro os valores estabelecidos pela constituição e segundo os princípios gerais do direito penal. Mais uma vez os ensinamentos de Luiz Regis Prado (2005, p.106) nos mostram que:

O legislador deve sempre basear-se na Constituição e nos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o carácter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito do bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as pautas substanciais para a incriminação ou não das condutas.

Estabelecidos os parâmetros da construção de um bem jurídico penal é importante salientar que as demandas da sociedade variam de acordo com contexto histórico e com as necessidades que vão surgindo ao longo do tempo. O avanço da tecnologia e o incremento da produção industrial criou, como já foi descrito, uma sociedade de risco com demandas e ensejos próprios. As relações sociais se tornaram excessivamente criadoras de risco e, com o manto da insegurança, foi necessária a expansão do direito penal para que ocorra um melhor controle social desse novo tipo de sociedade. Como salienta Bottini (2011, p. 88),

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do direito penal. Em primeiro lugar, o risco é um fenômeno de procedência humana (supra I, 2). Este antropocentrismo do risco sugere que ele pode ser limitado pela inibição de comportamentos humanos, sugestionados por normas de conduta e destinatários das disposições jurídicas. Assim, a contenção de atividades arriscadas pode ser levada a cabo pelo direito, que se destaca, portanto, como importante instrumento de gerenciamento do desenvolvimento de atividades perigosas.

Nesse contexto de uma sociedade de risco, surgiram novas criminalizações fruto dessa mudança de comportamento social. É necessário criminalizar o risco antes que ele possa produzir algo pior. Assim nasceu o direito penal do risco. Nesse cenário, novos valores foram criados pela sociedade, novos bens jurídicos foram eleitos para que o direito e, principalmente, o direito penal os protegesse. Esses bens jurídicos, cuja a titularidade não cabe apenas a um indivíduo ou a alguns indivíduos, mas sim a toda uma coletividade, são chamados bens jurídicos difusos, que têm como maior exemplo o bem jurídico do meio ambiente sadio e equilibrado. Corroborando com esse entendimento, Luiz Regis Prado (2005, p.119) salienta que:

Tendo-se como ponto de partida o critério da titularidade, julgado aqui suficiente para um exame didático da matéria, os bens jurídicos podem ser individuais ou supra-individuais. Dos primeiros é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade. Têm caráter estritamente pessoal. Já os segundos são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade –; supõem desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade

O meio ambiente é considerado um bem jurídico difuso com proteção especial determinada pela Constituição Federal, sendo um valor a ser protegido por toda a sociedade, seja pessoa física ou jurídica, determinando ao legislador ordinário a elaboração de normas penais para condutas lesivas ao meio ambiente, o que foi feito com a elaboração da Lei nº 9605/98. Considerando a discussão até então empreendida, passaremos, no último tópico deste

artigo, a analisar as características da tipificação ambiental no que diz respeito a sua construção e a suas consequências no que tange à dogmática penal.

3. CRIMES DE PERIGO E ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA COMO FORMAS DE CONSTRUÇÃO DO DELITO AMBIENTAL

É certo que a sociedade brasileira, por meio da Constituição Federal, elegeu o meio ambiente como um direito fundamental. Dessa forma, ficou a cargo do legislador ordinário elaborar normas penais para a proteção de condutas lesivas ao meio ambiente. Na construção desses tipos penais, pode-se observar, após uma leitura atenta da Lei nº 9605/98, que a maioria dos delitos ambientais são crimes de perigo e de elevada acessoriedade administrativa, ou seja, o direito penal utiliza-se de instrumentos do direito administrativo para a complementação do tipo.

Essa técnica é muito usada em virtude do aparecimento das novas criminalizações cujo bem jurídico é difuso. A punibilidade é antecipada pelo simples fato da conduta gerar um risco ao bem jurídico. Dessa forma, primeiramente, vamos analisar e definir o que seja crime de perigo e depois discutir a interferência do direito administrativo na seara penal para, por fim, entendermos a construção desses novos delitos.

Podemos entender que os crimes de perigo, ao contrário dos crimes de lesão à conduta, consumam-se com a simples exposição de risco ao bem jurídico. Não há, portanto, a necessidade de uma ofensa direta. O legislador elege algumas condutas que entende serem geradoras de risco e, pelo simples fato de o indivíduo praticar essas condutas, pratica delitos de perigo. Há uma punição antecipada.

A doutrina divide tais delitos em delitos de perigo abstrato e delitos de perigo concreto, sendo que o último exige a comprovação de que a conduta tem um real potencial de ofensa ao bem jurídico tutelado. Dissertando sobre o tema Bottini (2011, p. 113) nos revela que:

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

Com a expansão do direito penal em virtude do surgimento da sociedade de risco, cada vez mais o legislador tenta antecipar a punição do infrator elegendo diversas condutas que

podem trazer um risco a bens jurídicos merecedores de tutela. Nesse sentido, Bottini (2011, p. 120) revela que:

A expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento de novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos

Outro motivo ensejador da utilização dos crimes de perigo abstrato é que estamos tratando de crimes cujo bem jurídico é difuso, ou seja, cuja titularidade é uma coletividade um verdadeiro direito penal metaindividual. Mais uma vez, apoiando-nos ensinamentos de Bottini (2011, p. 123), constatamos que:

Outro fenômeno do direito penal do risco que contribui para a aparição significativa dos delitos de perigo abstrato é proteção cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos. A concessão de status penal aos interesses difusos torna cada vez mais inadequada a compreensão do delito pela ótica autor-vítima, dada a dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa. A abstração dos últimos reduz o espaço dos delitos de resultado que exigem, em geral, um titular do bem ou do objeto atacado pelo comportamento ilícito e dá lugar ao injusto de perigo abstrato.

O legislador não se cansou em utilizar crimes de perigo para tipificar certas condutas que entendeu geradoras de risco ao meio ambiente, conforme podemos ver pela Lei nº 9605/98. Em seu livro “Direito penal do ambiente”, Luiz Regis Prado (2005, p. 135) nos mostra que:

A doutrina majoritária tem consagrado, sobretudo para os tipos penais básicos – matéria ambiental –, a forma de delito de perigo, especialmente de perigo abstrato, em detrimento do delito de lesão ou de resultado (material), mediante um rígido processo de tipificação que leve sempre em conta a relação entre o bem protegido e conduta perigosa. Em razão das peculiaridades que informam os bens jurídicos metaindividuais, especialmente o ambiente, acolhe-se o pensamento de que o perigo presente ou ínsito nos delitos de perigo abstrato refere-se não exatamente ao bem jurídico individual, mas sim ao próprio bem jurídico de natureza coletiva.

Todavia existem vozes contrárias, primeiramente pela ingerência do direito penal nessas novas criminalizações. Em segundo lugar, porque a excessiva utilização de crimes de perigo fere o princípio geral da dogmática penal, denominado princípio da lesividade, consagrado também pela nossa Constituição Federal. A primeira crítica encabeçada pela Escola de Frankfurt, tendo como maior expoente o autor Winfried Hassemer, revela diversos motivos contrários ao expansionismo penal, criando um Direito de Intervenção para essas novas criminalidades. Nesse cenário, Renato de Mello Jorge Silveira (2003, p.138) descreve que:

A proteção penal ambiental acaba por adentrar o perigoso campo da proteção desordenada de tipos penais, o que é atestado, e muito criticado, principalmente pela Escola de Frankfurt. Hassemer, com suporte em tais considerações, chega mesmo a afirmar pela contraprodução do Direito Penal aplicado à política ambiental, afirmando que “(...) quanto mais o Direito Penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o Direito Penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente (...)”.

A segunda crítica é quanto à utilização de crimes de perigo, que ofenderiam o princípio da lesividade, ficando esses tipos penais sobre a sombra da inconstitucionalidade, pois trata-se de princípio incorporado na Constituição Federal de 1988. Alertando para semelhante fato, Bottini (2011, p. 170) assevera que:

Por fim, deve ser destacada a posição doutrinária que pugna pela exclusão dos tipos penais de perigo abstrato do ordenamento jurídico, devido à sua incompatibilidade com um modelo de Estado Democrático de Direito, que fundamenta o exercício do *ius puniendi* na proteção exclusiva de bens jurídicos e, conseqüentemente, na premissa da lesividade. A previsão de delitos sem resultado material, seja de perigo, seja de lesão, seria incompatível com um direito penal garantista, pois a incriminação da mera conduta implicaria a repressão de atos de desobediência, sem vínculo imediato com bens jurídicos, que não entrariam na esfera da ação ilícita. Para esta corrente doutrinária, tais tipos penais importam em presunção *jures et de jure* de resultado que afeta um direito penal fundado na responsabilidade pessoal e maculam o direito de defesa, ao não admitirem prova em contrário da ausência da lesividade

Alheias a essas críticas, seja da expansão do direito penal seja da suposta inconstitucionalidade dos crimes de perigo, a realidade nos mostra todavia a necessidade do direito penal realizar um controle social nessas novas criminalizações, mais especificamente dos delitos ambientais pela importância que o meio ambiente tem para a coletividade.

Outro instrumento na construção dos delitos ambientais é a necessidade que o legislador teve em utilizar instrumentos jurídicos do direito administrativo para a complementação do tipo penal. Expressões tais como “de acordo com regulamento”; “em desacordo com a regulamentação”; “segundo autoridade competente” revelam uma grande dependência do direito administrativo para o entendimento do tipo penal. Dissertando sobre o assunto Prado (2005, p. 99) nos revela que:

Aliás, esse é o sistema de tutela adotado pelo legislador brasileiro, a exemplo do alemão, do austríaco e do espanhol. Vale dizer: a tutela penal é relativamente dependente da normativa de cunho administrativo. Isso significa que na proteção do bem jurídico ambiente, a lesão à norma administrativa integra o tipo de injusto como um dos seus elementos. Esse modelo misto é preferível, visto que o que se entende merecedor de sanção penal não são as lesões contra o Direito Administrativo à

margem de seus efeitos ecológicos, mas sim as ações com consequências, ao menos potencialmente, lesivas ao meio ambiente, ainda que seja necessário para constatar essa lesividade remeter-se à decisão administrativa que determina, com finalidade preventiva, as margens de atuação individual.

Críticos dessa técnica, muitos doutrinadores entendem que o direito penal deixa para a seara administrativa, para o administrador, a concretização do tipo penal. Nesse sentido, Silveira (2003, p. 138) afirma que:

Diversos fatores implicam, conforme a Escola de Frankurt, a assertiva de não ser o Direito Penal instrumento adequado para esse tipo de problema. Inicialmente, verifica-se que é presente uma assessoriedade administrativa do meio ambiente (verwaltungsakzessoritat). A ciência penal não intervém autonomamente nesta seara, valendo-se, portanto, do amparo do Direito Administrativo, passando a ser instrumento auxiliar da Administração. A assessoriedade administrativa mostra-se, portanto, presente, v.g., naqueles casos em que se percebe uma proteção das decisões das autoridades administrativas por meio de sanções penais.

Outro problema que se apresenta é que o descumprimento desses tipos penais, segundo alguns doutrinadores, acarretaria apenas o ilícito de desobediência, o que mudaria o foco da proteção penal do meio ambiente para a proteção da função administrativa. Nesse sentido, Figueiredo (2008, p. 203) tece a seguinte crítica:

Contudo, sendo de longe preferível um direito penal ambiental só parcialmente dependente da Administração, fato é que esta opção esbarra em não poucos problemas dogmáticos. De um lado, muitos são os argumentos a demonstrar o quão falaciosas podem ser as tentativas de construção de um modelo de maioria das incriminações, pretensamente coerentes com uma concepção político-garantista do crime como lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico-penal só o são aparentemente: concretamente, grande parte dos ilícitos-típicos que compõem o núcleo do direito penal do meio ambiente se resumiriam a ilícitos de mera desobediência, em dissintonia com a princípio da ofensividade e voltados para a proteção, não de autênticos bens jurídicos, mas da própria função administrativa de proteção do ambiente enquanto instrumento político-institucional de governo e contenção das atividades poluentes: daqui derivariam o largo emprego de técnicas de criminalização de tipo sancionatório e a formação de sistema penal orientado a reprimir o inadimplemento de obrigações administrativas.

Assim, diante dessa realidade, o direito penal fica muito dependente do direito administrativo, trazendo insegurança jurídica no que tange à definição do delito. Tal crítica, de certa forma, prospera, pois podemos ficar à mercê do administrador em virtude, por exemplo, de uma portaria ou resolução para definição se aquela conduta é ou não crime.

Feitas essas observações e apesar das inúmeras críticas que vem sofrendo, a construção de delitos ambientais como delitos de perigo – mesmo que, de certa forma, na dependência do direito administrativo – é uma realidade que não podemos ignorar. Pode-se dizer que não seja a maneira mais correta de elaborar uma tipificação penal, mas em virtude da realidade que se

apresenta em sociedade de risco, na qual a insegurança prospera e as situações de risco aumentam, faz-se necessário uma atuação mais enérgica e eficiente do direito penal, logicamente, respeitando os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal como ciência tem seus princípios e sua dogmática, e sua função primordial é controle social. Também é certo que a sociedade tem seus valores, que se modificam com tempo, variando de acordo com o momento histórico por que passa a civilização. Direito e sociedade interagem, devendo o primeiro sempre acompanhar as mudanças e a dinâmica das relações sociais. Essa premissa não é diferente para o direito penal. Dessa forma, quando falamos em uma sociedade de risco, criada com a modernidade, cabe ao direito penal absorver tais mudança sob pena de se tornar ineficiente para as demandas da nova sociedade.

É certo que muitos criticam o expansionismo do direito penal como instrumento capaz de dar resposta satisfatória a uma sociedade de risco, em que o medo e a insegurança crescem nas relações sociais. Essas críticas vêm da escola de Frankfurt, tendo como expoente o doutrinador Hassemer, que faz severas críticas à intervenção do direito penal nas novas criminalizações, sugerindo a criação de novo ramo do direito, chamado Direito de Intervenção.

Nesse sentido, hoje, temos um embate entre um direito penal mínimo – de estrita obediência ao princípio da *ultima ratio* – que defende a não atuação das normas penais para a proteção de novas condutas que originaram em virtude de uma sociedade de risco e da globalização; e um segundo entendimento, que enfatiza a necessidade do expansionismo penal.

Alheio a essas disputas, é importante salientar que, em virtude da evolução da sociedade, os novos comportamentos dos indivíduos e o avanço da tecnologia, mudanças ocorreram no comportamento das pessoas e novas relações sociais surgiram. O direito penal não pode ignorar tal fato, devendo evoluir e se adaptar às novas realidades.

A mudança do direito penal passa pela sua dogmática, cabendo, neste caso, uma flexibilização dos institutos jurídicos afetos à norma penal. Com as novas criminalizações, o delito não respeita mais fronteiras, as vítimas podem ser inúmeras, o bem jurídico protegido não tem mais a titularidade de apenas um indivíduo, nascendo verdadeiros bens jurídicos difusos. Assim, nasce um direito penal metaindividual, cuja construção de tipos penais requer uma punibilidade antecipada, ou seja, a utilização de crimes de perigo. Não há mais espaço para uma dogmática penal apegada ao passado com os olhos fechados para o futuro.

É, portanto, nesse contexto que os delitos ambientais estão inseridos. Cabe ao direito penal dar uma resposta satisfatória às condutas que, por ventura, afetam o meio ambiente. Hoje, mais do que nunca, a civilização tem uma preocupação ambiental no sentido de alcançar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, verdadeiro direito fundamental, cabendo a legítima intervenção do direito penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Antônio da Silva. Sociedade de Risco e Estado de Direito diante da hermenêutica do Direito Penal: Resolução de casos difíceis na busca de respostas corretas, frente a um modelo de segurança cidadã voltado para o Direito Penal do Inimigo. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 4, p. 8-32, 2008.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz, **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Política Nacional do Meio Ambiente (1981). In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito Rideel**. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014. p. 1663-1668.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal na “sociedade de risco”**. Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o futuro do Direito Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

FIGUEIREDO, Guilherme de Gouvêa. **Crimes ambientais à luz do conceito de Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: IBCRIM, 2008.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. **Hassemer e o Direito Penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Gráfica Metrópole, 1989.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.