

# NOVAS TESES DOGMÁTICAS JURÍDICO-PENAIIS PARA A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO ECOLÓGICO NA SOCIEDADE DO RISCO.

Roberta Catarina Giacomo\*

**Resumo:** *O presente trabalho insere-se na discussão da legitimidade da expansão do Direito Penal na tutela de bens jurídicos supra-individuais, especificamente do meio ambiente. Verificam-se as razões político-criminais, embasadas no modelo de sociedade do risco, que se voltam à afirmação de que o Direito Penal deve sim tutelar o meio ambiente, em razão de sua imprescindibilidade à existência da vida das gerações presentes e futuras, e que a dogmática jurídico-penal deve orientar-se à prevenção dos danos ambientais, atualizando suas categorias de imputação de modo a antecipar-se a intervenção punitiva por meio do desvalor da ação, por meio da técnica dos crimes de perigo abstrato e da acessoriedade administrativa.*

**Palavras-Chave:** *Sociedade do Risco e Direito Penal – Expansão do Direito Penal – Bens jurídicos supra-individuais – Crimes Ambientais – Meio Ambiente – dogmática penal contemporânea.*

**Abstract:** *This work is in discussion of the legitimacy of the expansion of criminal law in the protection of coletives legal goods, specifically the environment. There are the political-criminal reasons, based on the risk model of society, who turn to the assertion that the criminal law should protect the environment but, due to its crucial to the existence of life of present and future generations, and that the legal-dogmatic criminal should focus on the prevention of environmental damage, updating their categories of allocation so as to anticipate the action by the punitive action through the technique of crimes of abstract danger and ancillary administrative .*

**Keywords:** *Society of the Risk and Criminal law - Expansion of the Criminal law - supply-individual legal Goods - Ambient Crimes - Environment - criminal dogmatic contemporary.*

## Introdução

A discussão acerca dos novos contornos do direito positivo, da nova dogmática e de sua legitimidade para o enfrentamento dos desafios trazidos pelos novos riscos oriundos da

---

\* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia e advogada.

sociedade dos riscos é acirrada e se reflete nas diferentes e conflitantes propostas metodológicas de reconstrução do Direito Penal<sup>1</sup>.

### **1. Direito Penal clássico versus Direito Penal do risco: A posição contrária à expansão, da Escola de Frankfurt.**

O contexto atual da política criminal é marcado nos círculos intelectuais pela necessidade de reconduzir a intervenção punitiva do Estado na direção de um Direito Penal mínimo. Tal expressão engloba propostas diversas cujo denominador comum é a vocação restritiva do Direito Penal<sup>2</sup>.

É a característica do constitucionalismo brasileiro, e em grande parte no mundo, como na Alemanha e na Espanha, a defesa dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico.

As propostas da Escola de Frankfurt, defendidas por doutrinadores como Hassemer, Pritwitz, Herzog, Naucke, e Muñoz Conde, oferecem resistência às alterações de cunho legislativo e dogmático propostas pela tendência expansionista.

Para tanto, partem da premissa de que o Direito Penal deve ser limitado ao máximo, o que implica sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde, a propriedade.

Hassemer parte da constatação de que o Direito Penal que procura minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos, altera substancialmente seus conceitos dogmáticos e se afasta de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social, e se torna um instrumento em busca do controle de grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente.<sup>3</sup>

O certo é que existe, dentre todas as discussões propostas, consenso por este setor da doutrina acerca de vários pontos onde se concentra a discussão da atual evolução do Direito Penal. Em primeiro lugar, discute-se acerca das características do que se convencionou chamar de Direito Penal do Risco, ou Direito Penal de segurança, ou até mesmo Direito Penal

---

<sup>1</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. p. 98.

<sup>2</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. P. 47.

<sup>3</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op cit.* P. 98

da prevenção, dependendo da posição que se adote; Em segundo lugar, discute-se acerca da capacidade de condução tanto do direito penal clássico quanto do Direito Penal que se pretende construir, em se considerando que o direito penal passa pela crise tanto de efetividade como de legitimidade; E, em terceiro lugar, está a questão quanto à possibilidade e quanto à legitimidade de se perseguir um incremento de efetividade do direito penal através de um modelo de direito penal preventivo, do risco, ou da segurança<sup>4</sup>.

Assim, de um lado está a defesa da teoria do bem jurídico estritamente individualista, pela qual o Direito Penal deve dedicar-se tão somente, à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia, já que o Direito Penal não pode tutelar bens jurídicos vagamente configurados.

Na posição diametralmente oposta está a proposta de flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuições de responsabilidades, a fim de que o Direito Penal angarie condições para atuar na proteção aos bens jurídicos supra-individuais e no controle dos novos fenômenos do risco, já que é o direito penal a condição de estabilidade da sociedade do risco, posição esta desenvolvida neste trabalho.

Na defesa do primeiro ponto de vista, para Hassemer<sup>5</sup> existem quatro razões para considerar que o Direito Penal não é adequado para resolver os problemas típicos da tutela ambiental.

A primeira razão é a acessoriedade administrativa. Partindo-se do pressuposto de que o Direito Penal não intervém autonomamente, posto que se torna dependente do direito administrativo, há na verdade uma transformação do Direito Penal para um instrumento auxiliar da Administração Pública, passando a depender da intervenção desta. Para este autor o problema está no fato de que a acessoriedade administrativa faz com que o ilícito penal deixe de ser visível e a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de negociação direta entre a Administração e o potencial infrator, fato que faz o Direito Penal perder a credibilidade para a sociedade.

---

<sup>4</sup> PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Apud in BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. p. 66.

<sup>5</sup> HASSEMER, Winfried. “A preservação do ambiente por meio do direito penal”. Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do Ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *In Notícias do Direito Brasileiro*. Nova Série. UNB, n° 4 – 2° Semestre de 1997. (Biblioteca IBCCRIM), p. 92.

A segunda razão diz respeito à imputação da responsabilidade criminal, já que, para este autor, enquanto o Direito Penal continuar a incluir a privação de liberdade no respectivo rol de sanções, não se pode abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais, imprescindíveis no Direito Penal clássico, e o Direito Penal que tutela o meio ambiente, na maioria das vezes, há apenas a apuração da responsabilidade coletiva. Tal fato ilide toda a tradição da dogmática de comparticipação criminosa, baseada na delimitação rigorosa das contribuições individuais para a prática do ato ilícito.

A terceira razão é o reconhecimento de que no direito penal do ambiente os fins das penas não são atingíveis, vez que a prevenção geral positiva é ilusória.

A quarta e última razão é que o direito penal do ambiente é puramente simbólico, que não serve para a proteção de bens jurídicos e serve somente para a consecução de fins políticos. Tal fato, segundo o autor, torna o direito penal do ambiente um fator que desobriga os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva.

Concluindo-se, a proposta de HASSEMER tem o escopo de afastar o Direito Penal da tarefa de gestão de riscos, reservando-se à repressão de ataques violentos e significativos a bens jurídicos fundamentais.

Como se pode observar, a crítica, de modo geral<sup>6</sup>, é sobre a utilização do Direito Penal para as demandas da sociedade do risco, já que tal fato traz grandes seqüelas, quer seja, a desformalização e a flexibilização que, em última análise, produzem uma erosão do Direito Penal garantista do Estado de Direito, além de deslocá-lo de seu tradicional posto de atuação que é o da *ultima ratio*<sup>7</sup>, porquanto, parte da compreensão de que é impossível se conceber um sistema criminal que possa relativizar as garantias que prevê em favor do inculcado durante o processo e do apenado, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória

Não se pode negar que o fenômeno da *expansão* por diversas vezes se demonstra como espécie de perversidade estatal e que o recurso ao Direito Penal, por diversas vezes, constitui-se como fácil expediente ao qual os poderes públicos recorrem para fazer frente a problemas sociais de grande envergadura.

O Direito Penal não pode se converter em “porta-bandeira” das demandas sociais mais conjunturais, superficiais ou meramente verbalizadas.

---

<sup>6</sup> Neste sentido, tem-se o ensaio de Jean Christian Müller-Tuckfeld “Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente.” In **La insostenible situación del derecho penal**. Ed. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Ed. Española: Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. P. 507 a 549.

<sup>7</sup> MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. P. 190.

Ao contrário, o Direito Penal funcional há de se fazer compatível com uma vocação mais restritiva possível da intervenção punitiva. Trata-se da proteção penal das expectativas essenciais cuja desproteção penal daria lugar a reações disfuncionais e, na medida em que exista o risco de que elas ocorram. Desse modo, é coerente a defesa do direito penal funcional<sup>8</sup>.

## 2. As propostas expansionistas

As teorias expansionistas basicamente defendem que somente com uma atuação firme, rígida, multifacetada do Direito Penal será possível à sociedade exercer o necessário controle sobre uma nova forma de criminalidade<sup>9</sup>.

Parte-se da premissa de que o Direito Penal possui condições de garantir um melhor regramento da atividade social danosa, permitindo uma mais intensa observância de seus preceitos pelos atores sociais em razão, principalmente, de seu caráter estigmatizante.

Existem diversas teorias expansionistas, que se assemelham, principalmente por concordarem que a nova criminalidade atua com a característica da “organização para atuar”, motivadas por grande somas de dinheiro, envolvidas em situações mais variadas de corrupção e lavagem de dinheiro, além do fato de atingirem bens jurídicos de titularidade indeterminada, e que não devem escapar do alcance do Direito Penal<sup>10</sup>.

Há, contudo, divergência quanto à forma que deverá ocorrer a intervenção penal. Neste aspecto, faz-se necessária a incursão sobre algumas das propostas referidas.

### 2.1 Direito Penal de duas velocidades

Jesus-María Silva Sanchèz é um dos autores que adota uma postura intermediária no embate entre as teses expansionistas e as teses garantistas de Direito Penal.

---

<sup>8</sup> SILVA SANCHÈZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais”. p. 105.

<sup>9</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização** - São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 62.

<sup>10</sup> *Idem* P. 64.

Para este autor, o apego que parte da doutrina tem em relação ao direito penal clássico, tradicionalista, deve ser recusado. Mas, ao mesmo tempo, não afirma que deve haver flexibilização do Direito Penal para a proteção da sociedade de risco.

Assim, propõe um modelo duplo para o sistema penal, quer seja, o Direito Penal de duas velocidades<sup>11</sup>.

Para tanto, parte de duas premissas. A primeira consiste na modernização do Direito Penal, caracterizada pela expansão e pela flexibilização de princípios político-criminais. A segunda consiste na negação de uma volta ao Direito Penal clássico, que, segundo o Silva Sanchèz, nunca existiu.

Silva Sanchèz afirma que o Direito Penal clássico defendido pelos autores acima expostos, principalmente por Hassemer e pela escola de Frankfurt, não existe e nunca existiu nos moldes defendidos, já que, na verdade, as regras garantistas eram apenas um contrapeso ao autoritarismo e ao extraordinário rigor das sanções impostas, de modo que não eram verdadeiramente voltados á exclusiva proteção de bens altamente pessoais.

Assim, Direito Penal de primeira velocidade é aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade e no qual devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade consiste por aquelas infrações em que, ao imporem-se penas pecuniárias e restritivas de direito, tratando-se de figuras delitivas de cunho novo, caberia flexibilizar de modo promocional esses princípios e regras clássicos<sup>12</sup>.

## **2.2 Funcionalização do Direito Penal**

Também como resultado das discussões doutrinárias acerca das alterações na dogmática jurídico penal clássica tendentes a solucionar o paradigma da pós modernidade está a opinião daqueles que entendem que a funcionalização das categorias do delito são suficientes para abarcarem a proteção eficaz do meio ambiente e de outros bens jurídicos de conteúdo difuso pelo direito penal.

---

<sup>11</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. p. 144.

<sup>12</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**. p. 139.

Assim, pretendem seus defensores que ocorra a fixação de regras de comportamento que se estabelecem como função da pena e que ocorra a adaptação do direito penal atual a todas as necessidades de tutela<sup>13</sup>.

Segundo Blanca Mendoza Buergo, existem diferentes grupos doutrinários que defendem a evolução do Direito Penal clássico para abarcar os novos interesses da sociedade do risco, ou da segurança<sup>14</sup>, e que estão sendo expostas neste trabalho.

A referida autora organiza em um grupo aquelas teses dogmáticas que entendem pela funcionalização do direito penal e de suas categorias fundamentais, que permitem a adaptação do direito penal clássico às novas expectativas e tarefas.

Para ela, autores como Kindhäuser entendem que o modelo do Direito Penal da segurança é uma das condições da sociedade do risco, ou seja, o referido modelo é legítimo. Para tanto, parte da premissa de que em uma sociedade que produz múltiplos perigos, o estado deve garantir a segurança através de instrumentos de controle social que garantam segurança em frente aos riscos, e que essa segurança deve ser feita através de instâncias penais e não somente administrativas, porém, reconhece que o Direito Penal continua com seu caráter de *ultima ratio*, esgotando-se primeiramente todos os outros ramos do Direito, posto ser este o único meio legítimo de intervenção penal.<sup>15</sup>

Outra tese exposta na obra de Buergo é a de Kratzsch<sup>16</sup>, segundo o qual o direito penal deve ser voltado ao controle global, ou seja, considera necessário o controle do risco pelo total domínio do azar, de modo que o direito penal, de acordo com sua função e estrutura é, na verdade, e sempre foi, Direito Penal do risco.

Tal finalidade, contudo, só é atingida a partir de uma proteção ótima dos bens jurídicos que combatem o perigo que os ameaça não como um perigo individual, mas como uma ameaça global, de modo que se consegue um controle individual através de uma ordem geral.

A ampla tipificação dos crimes de perigo abstrato cumpre em sua proposta um papel central nesta teoria, no sentido de que se consiga uma completa proteção de todos os bens jurídicos existentes. Segundo este programa, a intervenção penal passa do modelo de Direito Penal repressivo para o modelo de prevenção global.

---

<sup>13</sup> *Idem*, p. 120.

<sup>14</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. p. 126.

<sup>15</sup> *Idem*. p. 128.

<sup>16</sup> *Idem*. p. 130.

### **2.3 Direito Penal de segurança: Proposta funcionalista para distingui-lo do sentido amplo do direito penal da sociedade do risco puramente simbólico e promocional, voltado ao punitivismo.**

Autores como Kuhlen e Schünemann constituem-se verdadeiros expoentes da defesa do Direito Penal da segurança ou da prevenção, apto a intervir intensamente frente às novas necessidades sociais<sup>17</sup>.

Já se concluiu que este setor da doutrina defende a atual evolução do direito penal e rechaça por completo a crítica a esta teoria.

Trata-se, neste momento, de demonstrar-se que a defesa do Direito Penal de segurança ou de risco, de intervenção ante as novas realidades tem embasamento dogmático forte.

Para esta parte da doutrina, não se pode ignorar a ocorrência de deficiências no plano normativo nestas novas tipificações da sociedade do risco, porém esta nova proposta não pode sucumbir às críticas tradicionais feitas.

Kuhlen entende que é sempre teoricamente possível uma verdadeira e não puramente simbólica solução de problemas referentes aos bens jurídicos coletivos através de normas de comportamento reforçadas com uma sanção.

Conclui que, em que pese reconhecer a existência de uma série de aspectos discutíveis, todos eles não fundamentam a exigência que faz a doutrina tradicional à eliminação do Direito Penal do meio ambiente, ou a eliminação da técnica dos delitos de perigo abstrato ou aos delitos de acumulação, também não é evidente nem convincente que os bens jurídicos coletivos podem ser protegidos por outra maneira que não pelo direito penal.

Assim, Kuhlen defende a idéia da tutela penal dos riscos, e a criação de proibições de ações perigosas pelo fato de que, desde o ponto de vista da imputação jurídico-penal, será menos problemática esta imputação do que os resultados de uma ação individual lesiva a estes bens jurídicos coletivos<sup>18</sup>.

O referido argumento pressupõe, no entanto, se a intenção é adotar-se uma verdadeira proteção aos bens jurídicos de conteúdo difuso que são ameaçados por condutas abstratamente perigosas ou por condutas individuais em si mesmas totalmente inócuas, mas

---

<sup>17</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. p. 119.

<sup>18</sup> *Idem*. P. 144.



que produzem em seu conjunto um dano normativo imensurável, é imprescindível que se adotem normas que proíbas as correspondentes ações.

Com isso está se afirmando a idéia de cominação e intimidação e, secundariamente, a idéia da tarefa de pedagogia social de criação e consolidação do valor correspondente, no caso, a proteção do meio ambiente, na consciência do cidadão através do instrumento penal.

Schünemann adere às propostas de Kuhlen, ao reconhecer as transformações na sociedade contemporânea por influência dos novos riscos oriundos do desenvolvimento tecnológico e a necessidade de se manter como missão do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos, incluindo os bens jurídicos de conteúdo difuso.

Sustenta, indubitavelmente, o “palanque preventivo” do Direito Penal, e o trânsito do modelo de delito de resultado clássico ao moderno modelo de delito de perigo deriva da evolução natural das coisas<sup>19</sup>. Desse modo, rechaça completamente a crítica que autores como Herzog, Prittwitz e Hassemer fazem a esta teoria.

Para Schünemann, tal fato constitui um exemplo da necessária modernização do Direito Penal e sua conseqüente adaptação às mudanças das reações sociais reais, e a crítica existente é puramente reacionária e conservadora, pois se opõem à modernização do Direito Penal ignorando as condições atuais da sociedade moderna. Tal crítica leva a um “túnel sem saída”.

Outro dos autores que adere de modo claro a posição de apoio à tendência atual sendo exposta, de proteção do meio ambiente e demais bens jurídicos de conteúdo difuso pelo Direito Penal, assim como a ampla utilização do modelo de delitos de perigo abstrato, é Klaus Tiedemann. O autor, indubitavelmente, propõe a funcionalização da proteção penal.

Neste sentido, entende que o modelo de delitos de perigo abstrato reputa-se como a técnica legislativa típica que corresponde à essência dos bens jurídicos supra-individuais, e que existe maior eficácia preventiva deste modelo delitivo, justamente pelo adiantamento da punibilidade<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. p. 148.

<sup>20</sup> *Idem*. P.152.

### 3. Aspectos político-criminais da expansão do Direito Penal

Verifica-se que a expansão foi oriunda de algumas causas. A primeira delas é o desenvolvimento tecnológico que no primeiro momento se traduz pelo conceito de modernidade simples, motivado pelo incremento de tecnologias em benefício do bem-estar social, mas que trouxeram consigo diversos fatos não previstos que posteriormente se traduziram como ameaças a vida na Terra.

A constatação destas ameaças traduz-se no conceito de modernidade reflexiva, em que se passou a observar os efeitos secundários do desenvolvimento tecnológico.

A constatação do perigo enquanto conteúdo real tem importância fundamental, porque se verificou que eles não respeitam fronteiras, classes sociais ou gerações futuras.

Constatou-se a necessidade de delimitação de atividades potencialmente geradoras de perigo, através dos já mencionados mecanismos de gerenciamento de riscos<sup>21</sup>.

A ansiedade por prevenção ressoou no campo da política criminal e inevitavelmente na dogmática jurídico-penal.

Discutiu-se acerca da potencialidade do Direito Penal defender os novos riscos. Que ele é instrumento qualificado na proteção de bens jurídicos, é fato, e que o meio ambiente é interesse fundamental a ser assegurado em sua plenitude, também.

Na sociedade do risco, marcada pela institucionalização da insegurança, posto que as técnicas até então utilizadas não possibilitam o controle de causa-efeito, e os chamados delitos de resultado/lesão são insatisfatórios à contenção dos riscos.

O Direito Penal voltado à orientação garantista, que só protege bens jurídicos individuais não é apto a proteção do meio ambiente, frente aos novos riscos.

Verificou-se o esgotamento deste sistema que já não basta em si para se justificar.

Mas os problemas da não utilização do Direito Penal para a proteção destes novos riscos deve-se ao fato de que as demais opções se mostram insuficientes ou desprestigiadas, conforme se restou demonstrado.

---

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais, p. 29.

Assim, no Direito Civil tende-se à eliminação do conceito de culpa, fato que torna a tutela desprovida de conteúdo preventivo e valorativo.

O problema maior é a inibição da criação de riscos, que não ocorre, o máximo que ocorre é a reparação do dano, isto quando passível de recuperação.

Na tutela administrativa, também a sorte não é outra. Não há um Tribunal administrativo, bem como são pessoas aplicando sanções àqueles poderosos economicamente. Também há o entrave pelo fato de que não inibe satisfatoriamente as atividades arriscadas.

Defende-se o uso do Direito Penal para assegurar a própria subsistência da vida no planeta e para tanto é necessário uma nova racionalidade.

Desse modo, a tutela penal do meio ambiente na sociedade do risco é legítima. As estruturas de imputação deverão ser orientadas para a proteção preventiva dos danos contra o meio ambiente, para a proteção das presentes e futuras gerações.

O Direito Penal não pode ser alheio à proteção de bens relevantes para a manutenção das condições de vida da humanidade. O Direito Penal deve sim se ocupar com a proteção do meio ambiente porque é inaceitável que ele possa tutelar apenas bens jurídicos individuais, às vezes de relevância bem menor e manter-se inerte quanto à proteção do meio ambiente.

Neste sentido, a função específica do Direito Penal na sociedade do risco é justamente o asseguramento do futuro.

Negar a intervenção do Direito Penal para os novos riscos é inverter o princípio da *ultima ratio*, pois se subtrai da tutela penal condutas tão gravosas que põem em risco a vida como um todo<sup>22</sup>.

Verifica-se a situação atual que os riscos criados são suficientes para gerar a incidência da tutela penal. Esta é uma modificação do conteúdo material dos tipos penais.

A proteção penal do meio ambiente acarreta, necessariamente, a antecipação da tutela por não mais ser suficiente o princípio da ofensividade, que acarreta a necessidade de se adotar o modelo de lesão de bens individuais.

Mas quando se trata de um bem supra-individual, deve-se utilizar o modelo de crimes de perigo, em que basta para a imputação destas estruturas a mera atuação.

---

<sup>22</sup> MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. **Sociedade do Risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Prefácio José Eduardo Faria. – São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34), P. 190.

Salienta-se que é defesa a expansão do Direito Penal, dentro desta linha de raciocínio e metodologia adotada, que não siga a função exclusiva de proteção de bens jurídicos. Esta é aclamada pela mídia e atendida pelo legislador populista, de modo atécnico, promocional e puramente simbólico<sup>23</sup>.

Portanto, as alterações são do Direito Penal repressivo ao Direito Penal preventivo, para que possa tutelar o meio ambiente. Esta é a finalidade político-criminal para abarcar as alterações na sociedade do risco, em razão da gravidade da existência destes<sup>24</sup>.

O Direito Penal clássico, desse modo, deve continuar sendo utilizado ante os injustos que atingem bens individuais, e que são acionados sob estritos requisitos de intervenção. Porém, este por não se mostrar adequado a atender as perspectivas difusas, de cunho preventivo, não será aplicado à tutela penal do meio ambiente.

Não se pode desprezar a dogmática, porque esta visa garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado. É conquista irreversível do pensamento democrático e é o que legitima a intervenção do Direito Penal.

A solução é encontrar nas escolas penalistas uma metodologia que se mostre adequada a legitimar a proposta de expansão do Direito Penal, dentro desta lógica da dogmática no Estado Democrático de Direito.

Não se pode rechaçar a expansão do Direito Penal para abranger esta nova realidade que degrada o meio ambiente e a qualidade de vida, utilizando-se os mesmos argumentos “a expansão do Direito Penal contraria princípios garantistas tradicionais do Estado Democrático de Direito.

Deve ocorrer de fato uma reestruturação das categorias dogmáticas de imputação para abranger os riscos, sem, contudo, abandonar o rigor à técnica e à sistematização do Direito Penal.

Tal fato é possível porque o Direito Penal é hoje considerado um sistema aberto que reconhece a incompletude do conhecimento científico e a própria transformação constante das relações sociais que o Direito regulamenta.

---

<sup>23</sup> BECHARA, Ana Elisa. “Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal”. **Boletim IBBCRIM**.

<sup>24</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente**. p. 47.

Este raciocínio justifica a necessidade de posturas no Direito Penal, já que se é para controlar o risco, é necessária a antecipação de tutela penal para que a norma penal proíba, agora, comportamentos apenas potencialmente danosos.

Desse modo, orienta-se a questão do Direito Penal proteger o meio ambiente, já que os riscos ao meio ambiente devem ser evitados por todos os ramos do ordenamento jurídico e também pelos mecanismos não institucionalizados.

O risco, portanto, insere-se no substrato material dos tipos de injusto quanto se trata de crimes ambientais<sup>25</sup>.

A partir desta constatação, verifica-se que o Direito Penal mostra sua face preventiva.

#### **4. Implicações na dogmática decorrentes da Expansão do Direito Penal**

O primeiro ponto discutido no que diz respeito às necessárias alterações no Direito Penal é o reconhecimento do risco como elemento central estruturante de nossa sociedade, posto que é essencial para a manutenção do sistema de produção atual e, ao mesmo tempo, elemento capaz de desestabilizar a segurança jurídica e atingir os bens jurídicos essenciais ao homem. Esta conceituação do risco como elemento estruturante da sociedade leva tal fato ao Direito Penal, para que este intervenha de modo imperativo no papel de controle dos riscos.

Com a concepção do modelo da sociedade do risco, os novos riscos afetam interesses e pressupostos valiosos dos seres humanos, porém, esses interesses não demonstram titularidade individual, mas se apresentam sob a ótica supra-individual.

As conseqüências ao aparato penal clássico são óbvias, já que um modelo pautado na defesa de bens jurídicos individuais se vê obrigado a atender estas novas demandas.

As conseqüências dogmáticas afetam questões centrais, como a delimitação clara e precisa do bem jurídico tutelado em cada caso concreto, bem como com relação à causalidade. O princípio da ofensividade também é quebrado já que a estrutura do sistema penal se dá com a utilização dos crimes de lesão.

---

<sup>25</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco**. p. 89.

O distanciamento da objetividade natural do conceito de bem jurídico quanto o Direito Penal passa a tutelar os bens jurídicos supra-individuais é o cerne do problema, já que a tutela destes últimos é necessária, como já vem sendo dito, a intervenção penal nas hipóteses em que não há lesão efetiva e sim exposição dos bens jurídicos a perigo.

Necessariamente, para que ocorra a proteção, deve haver a antecipação da tutela penal, fato que quebra o princípio da ofensividade.

Ainda, os delitos de lesão não são aptos a satisfazerem esta demanda de antecipação de tutela, prévia à consumação do dano.

Não resta razão, portanto, à crítica da expansão do Direito Penal para tutelar os bens jurídicos supra-individuais. Primeiramente porque o interesse a ser protegido legitima intervenção penal. Não se pode não considerar como bens jurídicos valores, como o meio ambiente saudável, que é imprescindível aos seres humanos. Este fator se insere no conceito de bem jurídico. A titularidade independe, principalmente porque a coletividade como um todo é titular.

Em segundo lugar, porque existe claramente o substrato material do ilícito penal, de modo que o diferencia do ilícito administrativo e realiza o papel do Direito Penal que é a exclusiva proteção de bens jurídicos.

E, ainda, porque nada impede a criação de novas técnicas para a tutela deste bem jurídico. É o caso da adoção da técnica dos crimes de perigo, já que os delitos de lesão se mostraram insatisfatórios<sup>26</sup>.

O Direito Penal passa, portanto, a descrever em seu tipo penal situações de perigo que se situam em uma fase prévia à produção do dano.

Não será toda e qualquer ameaça que se configurará como uma conduta geradora de riscos ao bem jurídico, mas tão somente aquela que afetar o conteúdo material do injusto.

Assim, legitima-se a intervenção do Direito Penal para a tutela de bens jurídicos supra-individuais. O meio ambiente tem dignidade penal, já que assim o determinou a Constituição Federal, em seu artigo 225, como mandamento expresso de criminalização.

---

<sup>26</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco**. p. 91.

A proteção do meio ambiente torna-se interesse essencial a ser protegido e se fundamenta sobre a necessidade improrrogável de garantir sobrevivência e o futuro da espécie humana.

Para que se legitime, deve ocorrer a compreensão material da ofensividade, que deve manter o contato com o núcleo problemático e legitimador que o bem jurídico representa. A ação, em termos dogmáticos, deve possuir um conteúdo mínimo de lesividade em relação ao bem jurídico<sup>27</sup>.

Os problemas quanto à aferição da gravidade da conduta, se ofensiva ou não ao meio ambiente, são solucionados pela adoção de critérios qualitativos ou quantitativos. Estes critérios terão de ser, necessariamente, esculpidos pela Administração Pública, e, neste sentido, pode-se dizer que o Direito Penal está administrativizado, já que os tipos penais necessariamente devem se remeter à técnica da norma penal em branco.

A administrativização do Direito Penal viabiliza a proteção penal do meio ambiente, porque é um mecanismo de incriminação característico das tipificações da sociedade do risco.

Tal fato só se justifica porque a atividade econômica que envolva a exploração do meio ambiente há de se relacionar, necessariamente, com o ordenamento jurídico do Estado, conquanto o particular necessite de uma autorização, licença ou permissão.

A crítica sobre a remissão que faz a norma penal a norma de menor hierarquia não se mantém, porque a decisão pela incriminação é tomada pelo próprio legislador!

Não basta que ocorra a desobediência das normas administrativas, esta deve poder, mesmo que potencialmente, prejudicar o bem jurídico. Não há quebra do princípio da estrita legalidade, porque o conteúdo material das figuras típicas é descritas pelo legislador.

A utilização da norma penal em branco é técnica que pode ser utilizada, já que a complementação será dada por especialistas de outras áreas do conhecimento que podem diagnosticar a melhor maneira de preservar o meio ambiente.

A remissão a disposições externas, normas e conceitos técnicos se deve justamente a dificuldade em se detalhar e exaurir a descrição do comportamento do agente que pratica o crime ambiental. Quando a norma ambiental exige o licenciamento ambiental, nada mais faz do que remeter a procedimento administrativo que irá concluir sobre a potencialidade poluidora de qualquer atividade. Também, justifica-se pelo fato de que a velocidade das

---

<sup>27</sup> ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfid. NETO, Adam M. **Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt.

transformações e evolução das tecnologias como fator de potencialização dos riscos ambientais, que demanda por uma positivação legal, permeável a essas mudanças.

Além do que o princípio da unidade do ordenamento jurídico e da proibição de contradições é outro argumento favorável

## **Conclusão**

O Direito Penal está inserido no sistema de controle social como principal instrumento do Estado na atuação na proteção de bens jurídicos fundamentais, realizando o controle normativo por meio de um conjunto de normas destinadas a promover, além da pacificação social como meio do homem viver em sociedade, mas também a própria sobrevivência da sociedade humana no planeta terra.

Tamanha a importância do Direito Penal pois, sem sombra de dúvidas atua de forma mais coercitiva possível e exerce papel fundamental na defesa dos interesses sociais mais do que qualquer outro ramo do ordenamento jurídico.

A função do Direito Penal, portanto, é, inequivocamente, a proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos, tanto individualmente como coletivamente considerados, e sua orientação necessariamente deve ser para a prevenção de ofensas a estes bens jurídicos.

Considerando que a dogmática jurídico-penal estuda as categorias normativas do Direito Penal, deve sim também se orientar à mesma prevenção, sob pena do Direito Penal deixar de atuar da maneira como se legitima no Estado Democrático de Direito, perder suas bases principiológicas e, conseqüentemente, toda sua razão de existir.

Negar que é necessário a atualização das categorias do delito, como também a flexibilização de regras de imputação ou antecipação da tutela penal, ou tantas alterações quanto forem necessárias, é tentar evitar o inevitável, que o Direito Penal acompanhe às mudanças sociais ocorridas na Globalização.

Não se quer negar a continua necessidade do aprofundamento científico sobre a questão da expansão do Direito Penal. Porém, tal fato nunca deixará de ocorrer, tratando-se o Direito de Ciência Humana que varia de acordo com as inúmeras mudanças desta sociedade que sempre será mutável.



Porém, não se pode olvidar que abrir mãos do sistema garantista do Direito Penal clássico é demasiadamente prejudicial em razão dos benefícios à liberdade humana contra a intervenção estatal.

É necessária a compatibilização destas duas propostas, a proteção dos bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, com a manutenção de um sistema de intervenção punitiva baseado no princípio da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais.

Cada uma das propostas referidas por diversos autores, e que foram acima expostos, tem sua fundamental importância na evolução da legitimação da expansão do Direito Penal.

Assim, o Direito Penal não fez mais do que se adequar às exigências que provém da necessidade de regulação de determinadas parcelas da realidade social <sup>28</sup>.

Para finalizar a frase de Claus Roxin que bem representam esta opinião demonstrada, de que serve uma solução dogmaticamente correta se, logo, desde o ponto de vista político-criminal, conduz a resultados insatisfatórios?”

Reafirma-se, portanto, a necessidade de a dogmática jurídico-penal orientar-se para a tutela Penal do meio ambiente, mas somente através da superação de metodologias e concepções ultrapassadas, inábeis para a eficaz compreensão e aplicação da expansão da intervenção penal.

A importância desta discussão no campo da política criminal é que negar a proteção penal do meio ambiente simplesmente pelo temor à criação de novos tipos penais é negar a realidade caótica da degradação do meio ambiente e a necessária e urgente proteção jurídico-penal.

O princípio da intervenção mínima não deve ser descartado, mesmo porque o que ele de fato visa evitar é a não vinculação do Direito Penal a um discurso promocional e utópico que impregnam ao Direito Penal o caráter puramente simbólico, como produto da perversidade do aparato estatal, que se utiliza do Direito Penal como instrumento de pacificação social, como aparente e fácil recurso para a solução de problemas sociais.

Este é o plano simbólico e utópico que se traduz como Direito Penal de emergência.

A expansão que de fato se quer legitimar é a ampliação da tutela penal para novos âmbitos de intervenção, necessariamente os interesses da sociedade de risco.

---

<sup>28</sup> GONZÁLES, Carlos J. Suárez . “**Derecho penal y riesgos tecnológicos**”. Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo. Coordinadores Luiz Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adan Nieto Martín. Colección estudios. Edición de la Universidad de Castilla- la Mancha, Cuenca, 2003. p. 285.

**Referências:**

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. Prefácio Antônio Luís Chaves Camargo. – São Paulo: IBCCRIM, 2007 (Monografias/IBCCRIM; 44).

ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfried. NETO, Adam M. **Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2003.

BECHARA, Ana Elisa. “*Os discursos de emergência e o comprometimento da consideração sistêmica do direito penal*”. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 17, set. 2008.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo Hacia una nueva modernidad**. Título original: Risikogesellschaft. Aufdem Weg in eine andere Moderne Publicado en alemán por Suhrkamp, Francfort del Meno. Paídos Barcelona • Buenos Aires • México. 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade do risco**. Prefácio Antônio Luís Chaves Camargo; apresentação Márcio Thomaz Bastos. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CALHAU, Lélío Braga . “**Efetividade da tutela penal do meio ambiente**: a busca do “ponto de equilíbrio” em Direito Penal Ambiental”. Revista Juristas, João Pessoa, a. III, n. 92, 19/09/2006. Disponível em: [http://www.juristas.com.br/mod\\_revistas.asp?ic=454](http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=454). Acesso em: 6/2/2008.

CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. “**Precaução ambiental na era do direito penal secundário**.” Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Prefácio Jorge de Figueiredo Dias. Escritos em Homenagem à Faculdade de Direito da Universidade federal de Coimbra.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. “El ‘Princípio de Precaución’ em derecho penal.” *Iter Criminis*, **Revista de Ciencias Penales**. Núm. 9, Segunda época. Instituto Nacional de Ciencias Penales. p. 257-297.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. “Crimes de perigo e riscos ao ambiente.” **Revista de Direito Ambiental**, nº 42. Ano 11, abril-julho de 2006. p.5 a 24.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. “Sentido e Limites da Protecção Penal do Ambiente”. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 10, fasc 3. Jul-Set 2000. Editora Coimbra.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. – Madrid: Editora Civitas, 2001. (colección monografías Civitas).

MENDOZA BUERGO, Blanca. “**El delito ecológico y sus técnicas de tipificación**”. **Revista Semana Técnico-Jurídica de Derecho Penal**. Ed. La Ley. Las Rozas, Madrid. Nº 13, 25 al 31 de marzo de 2002. (Biblioteca IBCRIM).

MENDOZA CALDERÓN, Silvia. “La protección penal del medio ambiente en alemania, francia, italia y españa: Estudio de Derecho penal comparado.” **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. RECJ.01.03/05 [www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp)

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. **Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal**. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade. Monografia vencedora do 12º Concurso Monografias Jurídicas. 1ª Edição. São Paulo: IBCCRIM.

HASSEMER, Winfried. “A preservação do ambiente por meio do direito penal” . Conferência ministrada na Universidade Lusíada – Porto, no âmbito do I Congresso Internacional de direito do Ambiente, com tradução simultânea do alemão por Carlos Eduardo Vasconcelos, adaptada para publicação por Paulo de Sousa Mendes. *In Notícias do Direito Brasileiro*. Nova Série. UNB, nº 4 – 2º Semestre de 1997. (Biblioteca IBCCRIM).

HEINE, Günter. “**Acessoriedad administrativa em el Derecho Penal del Medio Ambiente**”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. (BIBLIOTECA IBCCRIM).

HEFENDEHL, Roland. “Debe ocuparse o direito penal de riscos futuros?” **Anales de Derecho**, nº 19, 2001. Universidad de Murcia. P. 147 a 158.

HERZOG, Felix. “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del Derecho Penal” **Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio del siglo**. ARROYO ZAPATERO, Luiz. NEUMANN, Ulfrid, MARTÍN, Adan Nieto, (coord.). Colección estudios. Edición de la Universidad de Castilla- la Mancha, Cuenca, 2003. P. 249 a 259.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis Machado. **Sociedade do Risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. Prefácio José Eduardo Faria. – São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34).

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (In) Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do meio ambiente (Lei 9.605/98) na sociedade do risco**. Prefácio Ruth M. Chittó Gauer e Aury Lopes Jr. – Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2004.

PRITTWITZ, Cornelius. “Strafrecht und Risiko”. *Apud in* MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Prólogo de Gonzalo Rodríguez Mourullo. – Madrid: Editora Civitas, 2001. (colección monografías Civitas).

REYNA ALFARO, Luis Miguel. “La protección penal del medio ambiente: Posibilidades y límites.” **Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología**. Año 2- Número 4- 2002. Editada en el 2003. Ediciones jurídicas cuyo. (Biblioteca IBCCRIM).

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SANTANA, Heron José de. “O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade na Lei de Crimes Ambientais.” **Revista de Direito Ambiental**. Nº 34. Ano 9. abril-junho de 2004. Publicação Oficial do Instituto “O Direito por um Planeta Verde” coordenação: Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré. Editora Revista dos Tribunais. P. 124-146.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente**. Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo 2. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas 1998. P. 347 a 373.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

\_\_\_\_\_. **Delitos contra el medio ambiente** – Valencia: editora tirant lo blanch, 24, 1999. (colección los delitos, dirección José Luis Gonzáles Cussac).

\_\_\_\_\_. **Perspectivas sobre la política criminal moderna** EDITORIAL ABACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L. Tucumán 1429 - 4" - Buenos Aires- ABACO.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. – (Ciência do direito penal contemporânea; v. 3).

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela Penal dos intereses difusos**. – São Paulo: Editora Atlas, 2000.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização** - São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Reflexiones sobre el Derecho Penal ambiental”. **Estudios sobre Justicia Penal**. Homenaje al Profesor Julio B, J. Maier. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2005. (Biblioteca IBCCRIM).