

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THIAGO MURILO ROSSA

**O GRAU DE COMPATIBILIDADE DO MEIO AMBIENTE COM O DIREITO PENAL
NA SOCIEDADE DE RISCO ANALISADO SOB A TENSÃO ENTRE OS
PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA PRECAUÇÃO**

CURITIBA

2010

THIAGO MURILO ROSSA

**O GRAU DE COMPATIBILIDADE DO MEIO AMBIENTE COM O DIREITO PENAL
NA SOCIEDADE DE RISCO ANALISADO SOB A TENSÃO ENTRE OS
PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA PRECAUÇÃO**

Monografia apresentada à disciplina de Direito Penal como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador. Prof. André Ribeiro Giamberardino

CURITIBA

2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	4
1. PRIMEIRA PARTE	
1.1. O Direito como Controle Social.....	6
1.1.1. O Direito Penal como Forma de Controle Social.....	8
1.2. Contornos da Sociedade Contemporânea: A Idéia do Risco.....	9
1.2.1. A Sociedade de Risco.....	11
1.2.2. O Meio Ambiente na Sociedade de Risco.....	15
2. SEGUNDA PARTE	
2.1. O Bem Jurídico e o Direito Penal.....	19
2.1.1. Síntese acerca das Diferentes Concepções de Bem Jurídico.....	21
2.2. O Direito Penal na Sociedade de Risco.....	24
2.2.1. A Distinção entre os Crimes de Lesão e de Perigo.....	27
3. TERCEIRA PARTE	
3.1. A Legitimidade do Meio Ambiente como Bem Jurídico-Penal.....	31
3.2. Breves Palavras sobre Princípios.....	37
3.2.1. Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal.....	39
3.2.2. Princípios da Precaução e da Prevenção no Direito Ambiental.....	43
3.3. A inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato.....	47
3.3.1. A Incompatibilidade das Técnicas Precaucionais com o Direito Penal....	49
3.3.2. A Etapa de Atuação Penal no Caso do Meio Ambiente.....	50
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O meio ambiente, na sociedade contemporânea, é alvo de incessantes ameaças e danos, o que reflete no bem-estar coletivo e coloca em dúvida o desenvolvimento pleno do homem num ambiente com condições indispensáveis a uma sadia qualidade de vida.

Isto implica na busca por meios de proteção deste bem essencial ao ser humano, no âmbito jurídico ou fora dele. Diante disso, questiona-se a aplicação do Direito Penal, tido como uma das formas de controle social à disposição do Estado, para tutela de referido bem.

A resposta a esta indagação é o objeto do presente trabalho. Mais especificamente: pretende-se com o presente estudo determinar o grau de compatibilidade entre o Direito Penal e o bem jurídico meio ambiente analisado sob a tensão entre o princípio da mínima intervenção penal e o princípio de direito ambiental da precaução. Para cumprir esta finalidade, o trabalho será dividido em três partes.

Primeiramente, por se tratarem de pressupostos essenciais, tornam-se indispensáveis, por um lado, algumas palavras sobre o direito como forma de controle social, e por outro, a delimitação dos contornos da sociedade contemporânea, missão a ser cumprida com a exposição sobre a centralização da idéia do risco no relacionamento entre os homens, o que culminou na afirmação, principalmente pelo sociólogo Ulrich BECK, da sociedade atual como uma sociedade de riscos.

Após, mas antes de se estabelecer a conformidade do meio ambiente como objeto passível de tutela penal, será feita uma breve análise sobre a teoria do bem jurídico-penal, referência principal que impõe limites ao Estado na criminalização primária e secundária de condutas humanas, seguida das implicações das teorizações sociológicas sobre o risco no direito penal, oportunidade que será aproveitada para dizer, de forma sucinta, sobre os crimes de perigo concreto e abstrato, premissas para a conclusão do trabalho.

Por fim, percorrido esse itinerário, asseverar-se-á a compatibilidade entre o meio ambiente e o direito penal, buscando-se uma harmonia nesta relação, tendo em vista à tensão gerada pela incidência do princípio de direito

penal da intervenção mínima e de direito ambiental da precaução. Ou seja, esclarecer qual o momento legítimo da intervenção penal e quais espécies de condutas que afetam o meio ambiente devem ser objeto de preocupação do direito punitivo num Estado Democrático de Direito, o que significará a demonstração da inviabilidade dos crimes de perigo abstrato, principalmente, mas não unicamente, como técnica de precaução de danos ao meio ambiente.

1. PRIMEIRA PARTE

1.1. O Direito como Controle Social¹

Nas primeiras linhas de sua obra a “Teoria da Norma Jurídica”, BOBBIO estabeleceu que:

nossa vida desenvolve-se em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na verdade estamos envoltos numa densa rede de regras de conduta, que desde o nascimento até a morte dirigem nossas ações nesta ou naquela direção. A maior parte dessas regras já se tornou tão habitual que não percebemos mais sua presença. Mas se observamos um pouco do exterior o desenvolvimento da vida de um homem através da atividade educadora exercida sobre ele por seus pais, por seus professores e assim por diante, percebemos que ele ocorre sob a orientação de regras de conduta.²

O homem, esclarecem ZAFFARONI e PIERANGELI, interage de maneira muito estreita com outros homens, “reúnem-se dentro da sociedade em grupos permanentes, alternativa ou eventualmente coincidentes ou antagônicos em seus interesses e expectativas”³. Desta forma, os conflitos entre os conjuntos se resolvem de modo que, “embora sempre dinâmica, logra uma certa estabilização que vai configurando a estrutura de poder de uma sociedade, que é em parte institucionalizada e em parte difusa”.⁴

Ao indivíduo inserido numa coletividade, portanto, sempre haverá padrões determinados por diferentes classes e instituições, divulgados de diferentes formas, a serem seguidos em prol da possibilidade da ordem social.

¹O direito e o direito penal como formas de controle social são premissas para o presente trabalho, de forma que, para que não se escape ao objeto de estudo, não serão analisadas as variadas críticas apontadas a esta percepção, principalmente pela criminologia crítica. Neste sentido, embora o objeto em consideração seja outro, é bastante elucidativo o seguinte trabalho: GIAMBERARDINO, André. **Tráfico de drogas e o conceito de controle social**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 83, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. por Denise Agostinetti, rev. por Silvana Cobucci Leite, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 03. Cabe esclarecer, como o fez o autor em sua obra, que o ponto de vista adotado no livro é o do estudo do direito a partir de um ponto de vista normativo.

³ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 60.

⁴ idem.

Evidencia-se, assim, a característica de controle social exercida pelas regras de conduta. Segundo GARCÍA-PABLOS DE MOLINA:

Com o vulgar e impreciso conceito de controle social – conceito sociológico neutro, descritivo, mas que se utiliza também, com vistas legitimadoras, umas vezes críticas, outras – se faz referência a certos processos sociais que atingem a conformidade do indivíduo, submetendo-o às pautas, modelos e requerimento do grupo; coesão, disciplina, integração são, pois, termos que descrevem o objetivo final que persegue o grupo, a sociedade, para assegurar sua continuidade frente ao comportamento individual irregular ou desviado.⁵

Com isso, pode-se dizer que controle social significa todos os meios que a sociedade dispõe para submeter à obediência determinados comportamentos de seus integrantes a um conjunto de regras e princípios estabelecidos e determinar suas respostas em caso de transgressão.⁶

É evidente, considerando tal proposição, que o direito é uma das formas ao alcance para o manejo da ordem na sociedade, diante da sua grande carga de normatividade, exprimida em regras e princípios que coordenam o convívio social. Nesse sentido, BOBBIO afirmou que o direito, ainda que em termos genéricos, talvez seja o exemplo mais visível da nossa experiência normativa.⁷

Por isso, o Direito não pode ser entendido como algo estático, imutável no tempo. Deve acompanhar as mudanças e as transformações da sociedade em que se encontra inserido, para dar o adequado tratamento e a resposta mais coerente aos conflitos apresentados.

⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio apud BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., **Introdução ao Direito penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 77.

⁶ BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., **Introdução ao Direito penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 76.

⁷ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 4.

1.1.2. O Direito Penal como Forma de Controle Social

O controle social é exercido, em grande medida, por meios informais (ou difusos e encobertos), como a igreja, a família, a escola, ambiente de trabalho, etc, e por meios formais, como o direito, conforme já mencionado, e o sistema penal, ou mais especificamente o direito penal.

Ao sistema penal - compreendido como a instituição policial, a instituição judiciária e a instituição penitenciária - se incumbe realizar o Direito Penal⁸, que, tradicional e formalmente, a doutrina estabeleceu ser um conjunto de normas, estabelecidas por lei, cujo conteúdo é determinado por condutas socialmente intoleráveis, tendo a sua transgressão ameaçada com reações repressivas, como a pena e a medida de segurança.⁹

Do enunciado acima é possível estabelecer que ao direito penal não pertence o manejo de todas as situações da vida do homem, mas somente as condutas graves e socialmente intoleráveis, dentre outros motivos, mas principalmente, porque atua mediante a imposição de uma sanção ou repressão que atinge importantes direitos individuais, como a liberdade. Ressalte-se, ainda, que as outras formas de controle social, que atuam antes, são mais eficazes e mais importantes que o Direito Penal.¹⁰

A sociedade tem então diferentes instâncias de controle social ocupadas com seus respectivos objetivos e pontos de atuação segundo a escala da gravidade de danosidade social onde se encontra, no último escalão, a figura do Direito Penal como o último “freio social”.¹¹

Surge desta afirmação a necessidade de se determinar o que deve ser objeto de tutela do Direito Penal¹². Nesse ínterim, afirma-se que o Direito Penal coaduna-se ao controle social do intolerável, entendido como os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes, com o que passa a ser indispensável estabelecer, primeiramente, quais bens jurídicos são penalmente relevantes – o que no presente trabalho refletirá na análise da legitimidade do

⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 10^a Ed, 2005, p. 25: “A esse grupo de instituições que, segundo regras jurídicas pertinentes, se incumbe de realizar o direito penal, chamamos sistema penal”.

⁹ BUSATO, Paulo Cesar, e HUAPAYA, Sandro M, op. cit., p. 1, como esclarecem os autores, essa concepção possibilita tão-somente a localização formal sob o tema.

¹⁰ *ibidem*, p. 79.

¹¹ *ibidem*, p. 80.

¹²

meio ambiente como bem jurídico-penal - e, posteriormente, as espécies de ataques com que deve o Direito Penal ocupar-se – reflexão que será feita tendo em vista a impossibilidade de aplicação do princípio da precaução – norteador do direito ambiental -, como corolário da sociedade de risco, ante a técnica dos tipos de perigo abstrato, em contraposição ao princípio da mínima intervenção penal.

Referido processo deve ter em conta sempre as mudanças ocorridas no âmbito social. Nesse sentido, BOTTINI aduz que:

O direito penal e seus institutos caracterizam-se como mecanismos de controle social e, por isso, recebem valores e cumpre os objetivos do modelo social em que se inserem, ainda que constituam um sistema estruturado e autônomo em relação a outros sistemas de regulação. Assim, tratar dos rumos da política criminal contemporânea exige a reflexão sobre o contexto no qual ela se desenvolve e sobre os conflitos que compõem o tecido social.¹³

Contudo, o processo de transformação é tarefa complexa, ainda mais quando se está em jogo a interferência do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos, motivo pelo qual há que se delimitar a que se presta a mudança e quais os efeitos que dela surtirão.

Não há dúvidas, entretanto, que o direito sofre interferências e influências do sistema social, e com ele se comunica, ora como reflexo e ora como imagem, o que torna mister analisar e compreender previamente as características do modelo de sociedade estabelecido.

1.2. Contornos da Sociedade Contemporânea: A Ideia do Risco

A origem do termo “risco” não é exata¹⁴. GIDDENS alega que o vocábulo originou-se provavelmente de um termo árabe, aproveitado e utilizado pelos espanhóis na época das grandes navegações, que significaria “correr para o perigo ou ir contra uma rocha”¹⁵, enquanto BERNSTEIN sustenta que o

¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 61, Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 45/46.

¹⁴ *idem*.

¹⁵ GIDDENS, Anthony apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz, *op. cit.*, p 46.

termo deriva do baixo-latim *risicu*, no sentido de ousar, ou seja, atuar perante a possibilidade de perigo¹⁶.

Interessante observar, como o fez BOTTINI, a evidente relação entre risco e perigo, tendo em vista as definições acima esposadas: “Risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo”.¹⁷

LUHMANN, por seu turno, em 1986, observou o fato de que, até então, fora da literatura sociológica, era muito comum definir o risco como medida de um perigo, mas, como tal entendimento não especificava os motivos nos quais se fundava o perigo, de modo que o desastre natural e o tecnológico possuíam sempre a mesma medida, procurou distinguir perigo e risco determinando o perigo como qualquer possibilidade considerável de um prejuízo, ressaltando, por outro lado, que se deve falar de risco somente quando a própria decisão é um motivo indispensável da possível ocorrência de um prejuízo, quando, portanto, com uma outra decisão este prejuízo não ocorreria.¹⁸

De acordo com RODRIGO AFLEN DA SILVA, com essa distinção feita por LUHMANN surgiu “um tipo peculiar de *double standard*, pois, à medida que todos com as suas próprias decisões ficam expostos aos riscos, tem-se que aquilo que ao que decide parece um risco, para os atingidos é um perigo”¹⁹, ou seja, o que é risco para alguns, que tomam parte no processo decisório, é perigo para outros, pois alheios às decisões, como por exemplo, o enfrentamento das incertezas ambientais como perigos.

De outro lado, BECK, em sua obra, embora apresente os termos “risco”, “perigo” e “sociedade de risco”, para alguns autores, não expõe efetivamente um conceito acerca do que seja “risco”²⁰, de forma que SOUZA MENDES, através de sua interpretação de BECK, tenta uma definição de risco, afirmando-o sinônimo de perigo. Desta forma, o risco seria:

¹⁶ BERNSTEIN, Peter apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p 46.

¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 46.

¹⁸ LUHMANN, Niklas apud RODRIGO AFLEN DA SILVA, Pablo. **Aspectos Críticos do direito penal na sociedade do risco**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 46, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.76/77.

¹⁹ RODRIGO AFLEN DA SILVA, Pablo. **Aspectos Críticos do direito penal na sociedade do risco**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 46, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.77.

²⁰ ELAYNE BERBICH DE MORAES, Márcia. **A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei nº 9.605/98)**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 137.

uma avaliação cujo conteúdo informacional consiste na expressão de algum grau de incerteza – ainda que empiricamente estimado – sobre a ocorrência de certos efeitos secundários, geralmente indesejáveis, associados ao virtual desempenho de determinada actividade, normalmente dirigida para a obtenção de qualquer fim útil.²¹

1.2.1. A Sociedade De Risco

A expressão “sociedade de risco” foi criada pelo sociólogo Ulrich BECK em 1986, em sua obra “*La sociedad del riesgo – Hacia una nueva modernidad*”²², na qual o autor apresenta um estudo sobre os riscos, seu surgimento, sua criação e distribuição, demonstrando que muito embora o processo de modernização possa parecer algo novo, fazendo um paralelismo com o passado, da mesma forma que no século XIX a modernização dissolveu a sociedade agrária esgotada e elaborou a imagem estrutural de uma sociedade industrial, a modernização corrompe hoje o perfil tradicional da sociedade industrial, e faz com que no prolongamento da modernidade apareça outra figura social.²³

Fato é que o perigo e o risco sempre estiveram presentes na vida do homem, seja de forma individual, com relação à natureza, ou no relacionamento com o conjunto social.²⁴ Contudo, este perigo sempre foi considerado um elemento estranho à organização social, uma ameaça externa que, de maneira periférica e acessória, demandava a atenção do homem, tendo em vista que os eventos que originavam crises de estabilidade, tais como as guerras, variações climáticas, epidemias, catástrofes, etc, eram fenômenos isolados que, devido à sua eventualidade, não marcavam o modo de relacionamento das pessoas.²⁵

²¹ MENDES, Paulo de Souza apud ELAYNE BERBICH DE MORAES, Márcia, op. cit, p. 137.

²² Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998. Título original *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere moderne, 1986*

²³ PRADO AMARAL, Cláudio do. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea.** Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco, São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 76/77.

²⁴ BOTTINI, Piearpaolo Cruz, op. cit., p. 47.

²⁵ BOTTINI, Piearpaolo Cruz, op. cit. p. 47.

Destarte, a sociedade do risco é produto do desenvolvimento do modelo econômico da livre concorrência, que nasce na revolução industrial, e exige dos agentes a busca por inovações tecnológicas que possibilitem a produção e distribuição das mercadorias em larga escala, implicando na substituição da produção artesanal pela produção industrial com a ampliação do número de consumidores atingidos a custos mais baixos, diante da aplicação das técnicas inovadoras.²⁶

BECK afirma que, na modernidade avançada, a produção social de riquezas acompanha sistematicamente a produção social dos riscos, de modo que os problemas e os conflitos relacionados com a divisão dos bens materiais são substituídos pelos problemas e conflitos que surgem com a produção, definição e repartição dos riscos produzidos de maneira técnico-científica.²⁷

Ademais, apesar da produção social dos riscos e das riquezas andarem lado a lado, BECK ressalta que “as condições de risco não são condições de classe”, uma vez que não existe a classe dos atingidos e a classe dos não-atingidos.²⁸

Ainda, na passagem da sociedade de classes para a sociedade de risco modifica-se a qualidade das opiniões: enquanto na sociedade de classes o ideal é a igualdade, na sociedade do risco o ideal é a segurança, na medida em que nesta a “visão do medo” marca a época.²⁹

Neste período, o exagerado apego às inovações significou o incremento da velocidade com que novas tecnologias foram sendo descobertas, o que, por seu turno, demandava o financiamento de pesquisas científicas destinadas a tais fins.³⁰ Referido ciclo, de acordo com BOTTINI, criou uma dinâmica peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não foi acompanhada pelo exame, por parte desta mesma ciência, das consequências que se seguiriam à utilização destas novas tecnologias.³¹ Desse descompasso

²⁶ *ibidem*, p. 47/48.

²⁷ BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo** – Hacia una nueva modernidad. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998, p. 25: “En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica”.

²⁸ RODRIGO AFLEN DA SILVA, Pablo, *op. cit.*, p. 78.

²⁹ *Idem*.

³⁰ BOTTINI, Piearpaolo Cruz, *op. cit.*, p. 48.

³¹ *idem*.

aparece a incerteza, a insegurança, que obriga o ser humano a conviver com o risco sob uma nova perspectiva.

Diante disso, o risco, tido como fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, ocupa papel central no modelo de organização social, compondo o núcleo de atividade social, passa, pois, a ser sua essência.³²

Pode-se descrever o desenvolvimento da problemática da sociedade do risco em três etapas³³:

i) nas sociedades pré-industriais, o risco era atribuído a forças externas, entendido como uma forma de acidente, um acaso, simultaneamente individual e repentino, era perceptível mediante os sentidos, e não dependia de decisões humanas;

ii) nas sociedades industriais clássicas, os riscos dependem das ações humanas individuais e em coletividade. As probabilidades dos riscos podem ser calculadas, possibilitando a elaboração de programas acerca do volume, impacto e responsabilidade dos mesmos, surge assim, a noção de prevenção, vislumbrada como a atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável);

iii) por fim, a terceira etapa é a que vivenciamos atualmente, a da sociedade de risco: é a fase do risco enorme, invisível, catastrófico, irreversível, pouco e nada previsível.

Relevante apontar, segundo BECK, que a diferença entre as épocas anteriores e a sociedade do risco se caracteriza essencialmente pela impossibilidade de prever externamente as situações de perigo,³⁴ bem como o

³² idem.

³³ RODRIGO AFLEN DA SILVA, Pablo, op. cit., p. 75/76, e PISA, Adriana. **Direito penal ambiental x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica**, em Revista de Direito Ambiental nº 54, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 13/14.

Necessário destacar que a transição de uma época para a outra não possui um marco histórico definido.

³⁴ BECK, Ulrich, op. cit., p. 237: “a diferencia de todas las épocas anteriores (incluída la sociedade industrial), la sociedade del riesgo se caracteriza esencialmente por una carencia: la impossibilidad de prever externamente las situaciones de peligro. A diferencia de todas las anteriores culturas y de todas las fases de desarrollo social, que se enfrentaron de diversos modos com amenazas, la actual sociedad se encuentra confrontada consigo misma em relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas”.

fato de os riscos e os perigos de hoje se diferenciarem dos da Idade Média principalmente por sua globalidade de ameaça.

Desta feita, a sociedade de risco, de acordo com BECK, significa uma etapa no desenvolvimento da sociedade moderna em que os riscos (sociais, políticos, econômicos e ecológicos) criados por ela própria, dissimulam cada vez mais seus órgãos de controle e proteção, de modo que as instituições então existentes não são mais capazes de conter a produção de tais riscos, que passam a ser incalculáveis e imprevisíveis.³⁵

Tendo em vista todo o exposto, considerando que na sociedade hoje houve um aumento no âmbito, escala e ameaça de riscos, bem como da percepção desses riscos, pode-se afirmar as sociedades ocidentais como sociedades de risco.

Nesse sentido, afirma BOTTINI:

a assunção do risco como elemento nuclear da organização social lhe confere uma dinâmica peculiar, que permite inferir o novo papel do direito penal e dos demais discursos jurídicos que nela se reproduzem. A sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exasperado, transforma a noção de risco, antes periférica e acessória, em um elemento central na organização social.³⁶

A organização social deve moldar-se, portanto, tendo em conta essa tensão, gerada pelo paradoxo do risco, ao mesmo tempo fator essencial para o desenvolvimento e origem do desequilíbrio das bases da sociedade, que passa a afetar a ordem social e econômica, questionando a funcionalidade dos institutos, demandando soluções a problemas até então desconhecidos.

1.2.2. O Meio Ambiente Na Sociedade Do Risco

O meio ambiente, na sociedade anteriormente delineada, é alvo de constantes danos e ameaças. Nas últimas décadas, foram várias as catástrofes

³⁵ BECK, Ulrich, op. cit., p. 120, assim, "sociedades del riesgo a aquellas sociedades que, al principio de manera encubierta y luego cada vez más evidente, están enfrentadas a los desafíos de la posibilidad de autodestrucción real de todas las formas de vida de este planeta".

³⁶ BOTTINI, Piarpaulo Cruz, op. cit., p. 46.

causadas pelo homem, direta ou indiretamente, cujos prejuízos ecológicos são incomensuráveis.

Como exemplo pode-se mencionar a explosão do reator na usina de Chernobyl³⁷, na Ucrânia, em 1986, que custou a vida de centenas de pessoas e afetou milhares de quilômetros de florestas. Ainda, o vazamento de gases tóxicos em Bhopal³⁸, na Índia, em 1984, considerado o pior acidente químico da história. Da mesma forma, os constantes derramamentos de óleo nos oceanos – cite-se, recentemente, a explosão da plataforma petrolífera Deepwater Horizon, no Golfo do México³⁹ –, dentre outras tristes lembranças.

³⁷ “O acidente nuclear de Chernobil ocorreu dia 26 de abril de 1986, na Usina Nuclear de Chernobil (originalmente chamada Vladimir Lenin) na Ucrânia (então parte da União Soviética). É considerado o pior acidente nuclear da história da energia nuclear, produzindo uma nuvem de radioatividade que atingiu a União Soviética, Europa Oriental, Escandinávia e Reino Unido, com a liberação de 400 vezes mais contaminação que a bomba que foi lançada sobre Hiroshima. Grandes áreas da Ucrânia, Bielorrússia e Rússia foram muito contaminadas, resultando na evacuação e reassentamento de aproximadamente 200 mil pessoas. Cerca de 60% de radioatividade caiu em território bielorrusso.

O acidente fez crescer preocupações sobre a segurança da indústria nuclear soviética, diminuindo sua expansão por muitos anos, e forçando o governo soviético a ser menos secreto. Os agora separados países de Rússia, Ucrânia e Bielorrússia têm suportado um contínuo e substancial custo de descontaminação e cuidados de saúde devidos ao acidente de Chernobil. É difícil dizer com precisão o número de mortos causados pelos eventos de Chernobil, devido às mortes esperadas por câncer, que ainda não ocorreram e são difíceis de atribuir especificamente ao acidente. Um relatório da Organização das Nações Unidas de 2005 atribuiu 56 mortes até aquela data – 47 trabalhadores acidentados e nove crianças com câncer da tireóide – e estimou que cerca de 4000 pessoas morrerão de doenças relacionadas com o acidente. O Greenpeace, entre outros, contesta as conclusões do estudo”. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Acidente_nuclear_de_Chernobil]. Acesso em 07.10.2010 às 13 horas.

³⁸ “A tragédia de Bhopal foi um desastre industrial que ocorreu na madrugada de 3 de dezembro de 1984, quando 40 toneladas de gases tóxicos vazaram na fábrica de pesticidas da empresa norte-americana Union Carbide. É o pior desastre industrial ocorrido até hoje e pode ser considerado um exemplo de crime corporativo. Mais de 500 mil pessoas, a sua maioria trabalhadores, foram expostas aos gases e pelo menos 27 mil morreram por conta disso. A Union Carbide, empresa de pesticidas de origem americana, se negou a fornecer informações detalhadas sobre a natureza dos contaminantes, e, como consequência, os médicos não tiveram condições de tratar adequadamente os indivíduos expostos. Cerca de 150 mil pessoas ainda sofrem com os efeitos do acidente e aproximadamente 50 mil pessoas estão incapacitadas para o trabalho, devido a problemas de saúde. As crianças que nascem na região filhas de pessoas afetadas pelos gases também apresentam problemas de saúde. Mesmo hoje os sobreviventes do desastre e as agências de saúde da Índia ainda não conseguiram obter da Union Carbide e de seu novo dono, a Dow Química (Dow Chemicals), informações sobre a composição dos gases que vazaram e seus efeitos na saúde. Apesar deste quadro absurdo, a fábrica da Union Carbide em Bhopal permanece abandonada desde a explosão tóxica enquanto que resíduos perigosos e materiais contaminados ainda estão espalhados pela área, contaminando solo e águas subterrâneas, dentro e no entorno da antiga fábrica”. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Desastre_de_Bhopal]. Acesso em 07.10.2010 às 13 horas.

³⁹ “A explosão da plataforma Deepwater Horizon ocorreu no dia 20 de abril de 2010, no Golfo do México, nos Estados Unidos. O desastre consistiu na explosão da plataforma de petróleo semi-submersível Deepwater Horizon que pertence à Transocean e que estava sendo operada pela BP, afundando na quinta-feira seguinte à explosão, depois de ficar dois dias em chamas. Uma grande mancha de óleo está se espalhando e pode chegar ao estado de Louisiana.

Constata-se, em grande medida, com o emprego das novas tecnologias nos meios de produção, a falta de cuidado e o descaso quanto a sua conservação, o que põe em dúvida a qualidade de vida futura – e, para os mais pessimistas, a própria vida -, na terra.

Nesse sentido, a importância das teorizações acerca do risco e do perigo, bem como do paradigma da sociedade do risco é evidente. Segundo GOLDBLATT, os estudos de BECK sobre a sociedade de risco são de suma relevância para todos os interessados em respostas acerca da teoria social à degradação do ambiente e à política ambiental, sendo que seu “aspecto característico consiste em localizar as origens e conseqüências, da degradação do ambiente precisamente no centro de uma teoria da sociedade moderna, em vez de considerá-la um elemento periférico ou uma reflexão teórica posterior”⁴⁰.

Como anteriormente exposto, o modelo econômico calcado no livre comércio teve como requisito o emprego de novas tecnologias, o que nem sempre foi acompanhado por um estudo prévio do impacto da utilização dessas descobertas na sociedade e no meio ambiente.

De forma diversa do que ocorria nas sociedades industriais clássicas, os riscos criados pelas inovações tecnológicas nas áreas, por exemplo, da engenharia nuclear, química e genética são globais nos seus âmbitos de aplicação, não havendo limitações nem temporais, nem espaciais.⁴¹

O caminho que uma substância nociva pode percorrer, bem como o âmbito de incidência de um desastre nuclear, desconhecem os limites de soberania delineados arbitrariamente pelo homem, o que inviabiliza o combate solitário de um Estado aos danos causados, fator que pode ocasionar desigualdades internacionais entre os diversos países.⁴²

BECK atribui a gênese destes riscos globais na contemporaneidade àquilo que ele denominou de “sobreprodução industrial”, que nada mais é do que o fruto proveniente da lógica capitalista anteriormente descrita, direcionada

Houve 17 trabalhadores que ficaram feridos e 11 faleceram”. Disponível em: [Explosão_da_plataforma_Deepwater_Horizon]. Acesso em 07.10.2010 às 13 horas.

⁴⁰ GOLDBLATT, David apud PISA, Adriana, op. cit., p. 13.

⁴¹ PISA, Adriana, op. cit., p. 14/15.

⁴² PISA, Adriana, op. cit., p. 14/15.

para o incremento tecnológico de seus métodos determinado pelo lucro, que desencadeia o aparecimento de riscos de proporções grandiosas.⁴³

O risco, portanto, na atualidade, não é mais uma ameaça individual, que interessa e afeta um número reduzido e determinado de pessoas. Ao contrário, trata-se de um risco global, planetário, que coloca o globo em situação de alarme.

Nessa linha de pensamento, GOLDBLATT entende que certos riscos sempre ameaçaram as sociedades, mas poderiam ser conhecidos, previstos e suas probabilidades calculadas. Contudo, com os novos métodos tecnológicos surgiram novos tipos de degradação ao meio ambiente que, ao contrário dos riscos na sociedade industrial, que eram limitados a um espaço determinado, podem atingir níveis globais.⁴⁴ Em sintonia a referido enunciado, PISA aduz que:

a toxicidade das formas contemporâneas de poluição do ambiente é quantitativamente maior do que a provocada pelas indústrias de outrora. Os efeitos de tais toxinas no corpo humano e em todo o ecossistema são desconhecidos e vão se acumulando entre as gerações, podendo ser irreversíveis. Suas consequências ultrapassam os limites espaciais e temporais do risco industrial, por exemplo, os riscos ecológicos causados por acidentes nucleares.⁴⁵

Portanto, o meio ambiente se sobressai como um dos maiores afetados pelos reflexos da sociedade contemporânea⁴⁶. A poluição do ar e dos oceanos

⁴³ BECK, Ulrich, op. cit., p.28: "(...) Hoy tienen su origen en una sobreproducción industrial. Así pues, los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la Edad Media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas. Son riesgos de la modernización. Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior".

⁴⁴ GOLDBLATT, David apud PISA, Adriana, op. cit., p. 16.

⁴⁵ PISA, Adriana, op. cit., p. 16; e BECK, Ulrich, op. cit., p.28: "Sin embargo, llama la atención que en aquel tiempo, a diferencia de hoy, los peligros atacaban a la nariz o a los ojos, es decir, eran perceptibles mediante los sentidos, mientras que los riesgos civilizatorios hoy se sustraen a la percepción y más bien residen en la esfera de las formulas químico-físicas (por ejemplo, los elementos tóxicos em los alimentos, la amenaza nuclear)".

⁴⁶ É importante destacar que o meio ambiente não se vê ameaçado apenas e tão somente pela poluição industrial. Na verdade, a degradação ambiental é causada por diversos fatores, como, por exemplo, o urbanismo desenfreado, que encontra pouca ou nenhuma regulação política com relação à distribuição dos espaços.

são situações que indiscriminadamente atingem os seres humanos ao redor do globo (as gerações presentes e futuras, inclusive).

Não há como duvidar, ante o exposto, acerca da importância do direito na tutela⁴⁷ deste bem essencial ao desenvolvimento da vida na Terra. Da mesma forma, é inegável a influência que a ciência jurídica recebe das exposições sociológicas acerca do risco e da sociedade do risco.

Por este motivo o bem jurídico meio ambiente foi sujeito à tríplice tutela, no âmbito civil, administrativo e penal, em nosso ordenamento jurídico, conforme enunciado Constitucional. Nesse sentido, BUSATO E KÄSSMAYER aduzem que:

Na busca da tutela ambiental (seja na modalidade preventiva, sancionatória ou reparatória) o sistema constitucional adotou a tríplice responsabilidade (civil, penal e administrativa), referendada em seu art. 225, §3º o qual dispõe que 'as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados'.⁴⁸

Todavia, convém analisar, no âmbito do Direito Penal, consoante já mencionado, a legitimidade do meio ambiente como um bem jurídico-penal, posto que nem todo bem social erigido à categoria de bem jurídico é automaticamente tido como um bem jurídico-penal.

2. SEGUNDA PARTE

2.1. O Bem Jurídico e o Direito Penal

O bem jurídico ocupa papel central da dogmática penal. MUÑOZ CONDE, segundo BUSATO E HUAPAYA,

sintetiza com precisão as vantagens da adoção do bem jurídico como missão do Direito penal, afirmando que com isso se 'põe em estreito contato a determinação da missão do Direito penal com o critério da

⁴⁷

⁴⁸ BUSATO, Paulo César e KÄSSMAYER, Karin. **Intervenção mínima x precaução: conflito entre princípios no direito penal ambiental?**, artigo encontrado no site www.direitoerisco.com, acessado em 14/11/09, p. 14.

Justiça que utiliza a Política Criminal na hora de determinar o que é que merece uma pena', na medida em que concreta em uma situação mais evidente à sociedade as razões pelas quais se penaliza o comportamento, 'oferece um substrato empírico ao qual estão vinculados o legislador penal e os deveres de atuação que a lei penal formula' e torna 'plausíveis, mais claras e justas, as decisões do legislador a respeito do âmbito e técnica de proteção⁴⁹.

Assim sendo, é evidente a importância do bem jurídico para o Direito Penal, bastando analisar as funções por ele exercidas para se notar a sua indispensabilidade. Conforme PRADO⁵⁰, dentre as funções atribuídas ao bem jurídico, pode-se citar como mais relevantes as seguintes:

i) Função de garantia, de caráter político-criminal, que limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais, posto que o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal.

ii) Função teleológica ou interpretativa, que condiciona o sentido e o alcance dos tipos penais à finalidade de proteção de certo bem jurídico, de modo que o "bem jurídico é o conceito central do tipo, em torno do qual giram os elementos objetivos e subjetivos e, portanto, um importante instrumento de interpretação"⁵¹.

iii) Função individualizadora, como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico.

iv) Função sistemática como elemento classificatório decisivo na formação de grupos de tipos da parte especial do Código Penal.

Deste modo, a conceituação e, por conseguinte, a determinação do que vem a ser um bem jurídico-penal é uma forma de limitação do dever de punir do Estado, que faz surgir a impossibilidade de se criminalizar condutas por simples desvios morais, expressões religiosas, políticas ou ideológicas, e

⁴⁹ BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., op. cit., p. 70.

⁵⁰ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60/61.

⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich apud PRADO, Luiz Régis, op. cit., p. 61.

impede que se estabeleçam delitos e penas que não tenham em sua estrutura de base a proteção a um bem jurídico.⁵²

No entanto, se por um lado a função do direito penal como tutela de bens jurídicos é fato quase pacífico na doutrina⁵³, o mesmo não pode ser dito sobre a definição do que é o bem jurídico-penal – o que em nada diminui a sua importância⁵⁴- como adiante relatar-se-á, após uma breve síntese evolutiva do conceito de bem jurídico-penal.

2.1.1 Síntese acerca das Diferentes Concepções de Bem Jurídico.

A fim de que se possibilite a discussão acerca da viabilidade do meio ambiente com um bem jurídico-penal, faz-se necessário um breve relato sobre suas variadas conceituações.

Diferentes concepções de bem jurídico foram dadas pela doutrina penal, sendo possível subdividi-las em dois grupos⁵⁵:

(i) as transcendentalistas, que encontram sua posição além do Direito positivo - de corte jusnaturalista ou político-criminal -, nas quais o bem jurídico é deduzido do Direito natural ou na natureza das coisas ou, ainda, na vida social ou cultural; e

⁵² BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., op. cit., p. 47. Cabe destacar, entretanto, de acordo com Luís Greco, a proposta de Roxin e Hefendehl, que implica em reconhecer exceções à idéia de bem jurídico como condição necessária para a incriminação, nos casos, por exemplo, da tutela penal dos animais, em GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, em RBCCRIM nº 49, 2004, p. 108/111.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. 6 ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal: parte geral**. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I, Coimbra: Editora Coimbra, 2004, 118; CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal – parte geral**, 2ª ed., Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007, p. 4; PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26-30.

⁵⁴ De acordo com PRADO AMARAL, Cláudio do, op. cit., p. 165, “(...)o bem jurídico é um importante conceito na determinação da missão do direito penal, ainda que careça de alguma precisão designativa, pois, qualquer que seja a teoria acolhida, é sempre feita uma referência a ele, se não direta, indireta. E, assim sendo, desde logo parece difícil descartar por completo a doutrina do bem jurídico”.

⁵⁵ BUSTO RAMIREZ, Juan apud BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., op. cit., p.53.

(ii) as imanentistas, que situam o bem jurídico dentro do sistema jurídico - na norma -, sustentando que o bem jurídico não tem existência própria antes da norma, pois nasce com ela.

BUSATO E HUAPAYA afirmam que a idéia de bem jurídico nasce na primeira metade do século XIX.

De acordo com os autores supramencionados, FEUERBACH sustentou que o Direito penal protegeria os “direitos subjetivos” dos particulares e o Estado. A função do Estado seria a de conservar os direitos subjetivos mediante a criação de meios adequados.⁵⁶

BIRNBAUM, por sua vez, rechaçou a tese de que o delito é lesão de um direito, situando os bens jurídicos mais além do Direito e do Estado: se o delito quer considerar-se como lesão, este não deve ser referido a direitos, senão a bens que pertencem aos cidadãos e que o Estado é chamado a proteger.⁵⁷

Posteriormente, BINDING sustentou que o bem jurídico não podia estabelecer-se mais além do Direito e do Estado, de forma que o delito seria uma infração culpável de uma norma, estando esta infração ameaçada com uma pena, então o “bem jurídico quedava estabelecido, não reconhecido dentro do conteúdo da norma jurídica”.⁵⁸ A posição adotada por BINDING retira o caráter limitador e autônomo do bem jurídico, que passa a depender do caráter limitador da norma.⁵⁹

LISZT, em contrapartida, estabeleceu que “todos os bens jurídicos são interesses vitais, interesses do indivíduo ou da comunidade”.⁶⁰ Para LISZT, os bens jurídicos estão na vida, e o que faz o Direito é oferecer-lhes proteção por intermédio de suas normas, elevando-os, desta maneira, às categorias de bens jurídicos.⁶¹

Relatam BUSATO E HUAPAYA que, ante as concepções nebulosas, incapazes de assegurar um conceito material de bem jurídico que limitassem o legislador na criação das normas, surgiu, em primeiro lugar, a posição que destaca a natureza teleológica do bem jurídico. Assim, a filosofia neokantiana

⁵⁶ BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., op. cit., p. 52/53.

⁵⁷ ibidem, p. 53.

⁵⁸ ibidem, p. 53/54.

⁵⁹ BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., op. cit., p. 54.

⁶⁰ LISZT, Franz Von apud BUSATO, Paulo César, HUAPAYA, Sandro M., op. cit., p. 54.

⁶¹ BUSATO, Paulo César, HUAPAYA, Sandro M., op. cit., p. 54.

sustentou as bases do bem jurídico em concordância com a *ratio legis* das normas penais.

Em resumo, o bem jurídico restava reduzido a uma categoria interpretativa, simples *ratio legis* dos preceitos particulares, com o qual perde sua função garantista e sua incidência no âmbito da dogmática.⁶² Posteriormente, relatam os autores, uma segunda postura, desenvolvida pela Escola de Kiel (que culmina por dar sustentação teórica ao regime nacional-socialista na Alemanha dos anos 30), reconhece a “lesão do dever” como conteúdo material do injusto.⁶³

Somente após a Segunda Guerra Mundial é que a teoria do bem jurídico se voltou para um aspecto de garantias do homem. De acordo com BUSATO E HUAPAYA, foi WELZEL quem tratou de reverter a maneira como se entendia o bem jurídico até então, ao situá-lo habilmente além do Direito e do Estado. Afirmam os autores que WELZEL compreende o bem jurídico como todo “estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões”.⁶⁴

As tendências atuais se orientam no sentido de fundamentar o bem jurídico a partir da política criminal, vinculando a teoria do bem jurídico com os fins do ordenamento jurídico e do Estado. Dentro desta tendência são duas as orientações: uma tendência jurídico-constitucional e a segunda de tendência sociológica.⁶⁵

Para os primeiros, se toma a ordem de valores constitucionais como ponto de referencia na definição dos bens jurídicos.⁶⁶ Assim, nasceria um conceito político-criminal de bem jurídico vinculante para o legislador, porque ele seria extraído diretamente da Constituição, existindo, portanto, uma hierarquia constitucional.⁶⁷

No escólio de MEROLLI, na relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional:

Ocorre o que se convencionou chamar de ‘imposição constitucional da tutela penal’, vale dizer: hoje a noção de bem jurídico-penal –

⁶² *ibidem*, p. 55.

⁶³ PEÑA CABRERA, Raúl apud BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., *op. cit.*, p. 56.

⁶⁴ WELZEL, Hans apud BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., *op. cit.*, p. 57.

⁶⁵ BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., *op. cit.*, p. 58.

⁶⁶ SAX, Walter apud BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., *op. cit.*, p. 58.

⁶⁷ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 98.

enquanto valor ideal da ordem social que merece a proteção subsidiária e fragmentária do ordenamento jurídico-penal -, deve ser esquadrihada através da modelagem sugerida pelo texto constitucional. Por exemplo, o próprio art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, já nos indica expressamente que são bens considerados indispensáveis à comunhão social entre todos os homens e – por isso mesmo – merecedores de tutela jurídico-penal, os direitos à vida e à propriedade. Da mesma forma, se nos descolarmos um pouco mais, perceberemos que o texto constitucional também sugeriu que o bem jurídico ‘meio ambiente ecologicamente equilibrado’ fosse guindado à condição de bem jurídico-penal (art. 225, 3º), e assim por diante.⁶⁸

Em que pese a definição de bem jurídico ser fundamentada numa política criminal tendo em vista a constituição, referida interpretação não possibilita a segurança necessária, pois, sabe-se que nem sempre a norma constitucional pode ser identificada com os interesses primordiais da sociedade, e não necessariamente será possível uma identificação absoluta entre a previsão normativa constitucional e os bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento social do indivíduo.⁶⁹

Por outro lado, aqueles que sustentam o conceito sociológico de bem jurídico partem da premissa de que os bens vitais ou culturais constituem fontes para ser protegidas pelo Direito.⁷⁰

De acordo com JESCHECK “os bens jurídicos são interesses vitais da comunidade aos que o Direito penal outorga sua proteção”.⁷¹ Segundo MUÑOZ CONDE E ARÁN, “bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”.⁷²

ROXIN, por seu turno, estabelece que “bens jurídicos são circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre

⁶⁸ MEROLLI, Guilherme. **Por uma refundação principiológica da dogmática jurídico-penal**. Dissertação apresentada no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Paraná, 2005, p 97.

⁶⁹ BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro M, op. cit., p. 59.

⁷⁰ *ibidem*, p. 60.

⁷¹ JESCHECK, Hans-Heinrich apud BUSATO, Paulo César e HUAPAYA, Sandro M, op. cit., p. 61.

⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. 6 ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p.59.

desenvolvimento em um quadro de um sistema social global estruturado sobre a base da concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”.⁷³

Interessante, ainda, expor o conceito delineado por ZAFFARONI E PIERANGELI: “bem jurídico-penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.⁷⁴

2.2. O Direito Penal na Sociedade Do Risco

É indiscutível que a configuração social anteriormente delineada que se apresenta na contemporaneidade suscita ao direito penal problemas novos, passando a existir a necessidade de determinar se deve ele manter-se apático às transformações ocorridas no âmbito social, continuando restrito ao seu âmbito atual de atuação, ou funcionalizar-se, adaptando-se às exigências estabelecidas pela sociedade pós-industrial.

SILVA SANCHES⁷⁵, estudando o reflexo destas transformações sociais na esfera jurídica, afirma uma tendência à expansão do Direito Penal. As razões suscitadas pelo autor podem ser resumidas da seguinte forma:

i) Surgimento de novos bens jurídicos merecedores de tutela penal, posto que na Sociedade do Risco certos bens jurídicos como, por exemplo, o meio ambiente adquirem maior relevância, em virtude das novas ameaças que suportam, demandando, assim, a proteção penal.

ii) Desenvolvimento de novos riscos, de amplitude global, que afetam não apenas uma pessoa em específico, mas a coletividade em geral, e, em certos casos, como um todo.

iii) A dimensão dos riscos atuais, aliada à potencialização de seus efeitos gerada pela ação da mídia, instaura o medo e aumenta a insegurança na população, a qual, afim de se proteger, pressiona o Poder Público exigindo mais policiamento, leis penais mais rigorosas, agilidade do curso dos

⁷³ ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Pena et al. 2 ed. Madri: Civitas, 2003. t.1, p.56.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 439.

⁷⁵ Silva Sanches, J.M apud BUZZÁ MACHADO, Fernando. **Direito Penal e a Sociedade do Risco**. UFPR. 2008, p.46 e ss.

processos criminais, o que ocasiona um incremento e alargamento da incidência do Direito Penal.

iv) Na sociedade global do risco, as ameaças dizem respeito a várias pessoas do grupo social, senão a todas, uma vez que os seus efeitos negativos afetam um número indeterminado de pessoas (há possibilidade de individualizar o sujeito passivo da poluição do ar?). Diante disso, ocorre o fenômeno intitulado de “formação da sociedade das vítimas”, em que cada indivíduo não só é uma vítima, com também se reconhece e se identifica como tal, demandando cada vez mais o fortalecimento e a expansão do Direito Penal.

v) O fortalecimento da crença na capacidade preventiva e protetiva do Direito Penal, que passa a ser visto como a solução para todos os males. Ou seja, em completa aversão a sua subsidiariedade e fragmentariedade, relegando a sua posição de último freio social, o Direito Penal passa a ser aplicado como razão primária para solução das mazelas sociais, circunstância que favorece sua ampliação e dilatação

Destarte, há na atualidade a tendência de um direito penal organizado em torno do conceito do risco. PRITTWITZ entende como direito penal do risco é aquele que coloca a criação do risco e o aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre imputabilidade penal, um direito penal que deve ter um papel decisivo na tarefa de tornar seguro o futuro da sociedade, que está à beira da destruição devido ao progresso tecnológico.⁷⁶

O autor explica, sob o seu ponto de vista e com um entendimento crítico, a realidade deste direito penal do risco:

O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal expansivo. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas empiricamente comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais pra

⁷⁶ PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 47, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p 37/38.

frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não puníveis – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.⁷⁷

A formação de um Direito Penal do Risco, nos termos delineados, pretende torná-lo um mecanismo hábil e eficiente na luta contra os novos riscos. Como visto, as inclinações deste direito penal são as mais variadas: a criação de normas penais em branco, a imputação de entes coletivos, a ampliação do rol de interesses a serem tutelados e a utilização da técnica de crimes de perigo, como forma de antecipação à lesão ao bem jurídico, dentre outras.⁷⁸

PRADO AMARAL⁷⁹ estabelece que a sociedade de risco apresenta, principalmente, três elementos que fundamentam os crimes de perigo, descritos da seguinte forma:

i) O primeiro é o fator tempo, que generaliza a idéia de que não se deve aguardar pelo comportamento que nega validade à norma, se desde logo é possível perceber um agir prévio que não se conforma aos padrões interpretativos e de segurança exigidos, o que não se confunde com a própria garantia das condições da utilização dos bens jurídicos;

ii) O segundo é que na sociedade de risco há uma institucionalização das incertezas – um fato que se choca com a existência de um Estado de prestações, o que transforma a segurança num direito que pode ser exigido do Estado, ficando este autorizado a agir institucionalmente sobre tudo aquilo que afeta esse direito à segurança.

iii) O terceiro elemento é o fato de que em muitos setores, como no caso do meio ambiente, a barreira que separa o comportamento permitido do proibido não é traçada com base em critérios temporais ou morais, mas, sim, é uma barreira levantada de forma arbitrária e em contínua transformação, de

⁷⁷ *idem*.

⁷⁸ Para não ampliar demasiadamente o objeto do presente trabalho, as reflexões atinentes a norma penal em branco e as pessoas jurídicas não serão abordadas.

⁷⁹ PRADO AMARAL, Cláudio do, *op. cit.*, p. 188.

maneira que integraria a identidade da sociedade que a diferença entre o transgressor e o cidadão que segue às normas é muito tênue.

Por se tratar de premissa essencial no presente trabalho, o tema relativo aos crimes de perigo será aprofundado a seguir, para que se possa, ao final, estabelecer o momento da devida intervenção penal no caso do meio ambiente.

2.2.1. A Distinção entre os Crimes de Lesão e de Perigo.

Os tipos penais classificam-se em tipos de lesão e tipos de perigo.⁸⁰ Os tipos de lesão, tidos como a maioria dos tipos legais, se caracterizam pela lesão real do objeto da ação, como no caso do homicídio e da lesão corporal por exemplo. De outro lado, os tipos de perigo, que podem ser de perigo abstrato ou concreto, descrevem somente a produção de um perigo para o objeto de proteção.⁸¹

WESSELS⁸² estabelece a diferença entre os delitos de lesão e de perigo segundo a intensidade do dano do objeto da ação visado. Esclarece o autor:

i) o tipo dos delitos de lesão pertence um dano do objeto da ação, isto é, uma perda real de valor (por exemplo: homicídio, lesão corporal, dano).

ii) nos delitos de perigo basta que se produza uma situação de perigo para o objeto de proteção pressuposto no tipo. Conhecendo-se, no Código Penal Alemão, delitos de perigo concreto e abstrato.

A respeito da distinção entre os delitos de perigo concreto e abstrato, WESSELS afirma que:

Os delitos de perigo concreto baseiam-se na ponderação de que um comportamento contrário à norma pode ser perigoso para o objeto protegido e será punível tão logo o perigo, no caso em espécie, se apresente de modo concreto. A ocorrência do perigo aqui é elemento do tipo (exemplos: § 221, §§311-315c) e, portanto, necessita, em caso de punição, ser determinada pelo juiz.

⁸⁰ DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 110.

⁸¹ DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 110.

⁸² WESSELS, Johannes. **Direito Penal, parte geral (aspectos fundamentais)**. Trad. por TAVARES, Juarez. Porto Alegre: Fabris, 1976, p. 8.

Os delitos de perigo abstrato baseiam-se, ao contrário, em uma suposição legal de que determinados modos de comportamento são geralmente perigosos para o objeto protegido (exemplos: §§ 227 e 306). A perigosidade da ação não é aqui elemento do tipo, mas somente o fundamento para a existência da disposição legal; assim, o juiz não deve comprovar se o perigo realmente ocorreu no caso em espécie ou não (...).⁸³

Em sentido similar, de acordo com ASSIS TOLEDO, a distinção entre o tipo de lesão e o tipo de perigo é feita com vista ao bem jurídico:

Os primeiros causam lesão efetiva, os últimos conduzem uma potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto, que o legislador deseja cortar no nascedouro. Estes – os de perigo – se subdividem em crimes de perigo concreto e em crimes de perigo abstrato ou presumido. Nos de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável. Nos de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão, como ocorre na formação de quadrilha ou bando (art. 288) punível ainda quando a associação de malfeitores não chega a cometer os crimes a que se propunha; assim, também a falsificação de papel-moeda, punível mesmo que o dinheiro falso não tenha sequer sido objeto de troca ou de introdução na circulação.⁸⁴

FIGUEIREDO DIAS, da mesma forma, prescreve que nos crimes de perigo “a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico”.⁸⁵

Para referido autor, “nos crimes de perigo concreto o perigo faz parte do tipo, isto é, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efectivamente sido posto em perigo”.⁸⁶ Com relação aos crimes de perigo abstrato, alude que

⁸³ WESSELS, Johannes, op. cit., p. 8/9.

⁸⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.143. O autor usa as expressões crime de dano e crime de perigo consecutivamente.

⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. cit., p. 292.

⁸⁶ idem.

o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição. Quer dizer, neste tipo de crimes são tipificados certos comportamentos em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser comprovada no caso concreto: há como que uma presunção inelidível de perigo, e por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efectivo para o bem jurídico.⁸⁷

Interessante, ainda, é o magistério de MIR PUIG: “nos delitos de perigo concreto o tipo requer como resultado da ação a proximidade de uma concreta lesão”, enquanto nos delitos de perigo abstrato “não se exige tal resultado de proximidade de uma lesão de um bem jurídico, bastando a periculosidade da conduta”.⁸⁸

Por fim, cabe mencionar uma terceira categoria, proposta por SCHRÖDER, mas de pouca aceitação na doutrina, que seria a modalidade de delitos de perigo abstrato-concreto. Considerando o pressuposto de que o perigo, nos crimes de perigo concreto, além de ser elemento do tipo, deve ser verificado em sentido material pelo juiz, para tornar legítima a aplicação da pena, bem como o fato de que nos crimes de perigo abstrato, os indícios de periculosidade são apontados somente pela lei, seria possível estabelecer uma categoria intermediária, com elementos de ambas as modalidades clássicas dos delitos de perigo.⁸⁹

Segundo DIAS, nos crimes de perigo abstrato-concreto, “o perigo não é só critério interpretativo e de aplicação, mas deve também ser momento referencial da culpa e, por isso, admitem a ‘possibilidade de a perigosidade ser objecto de um juízo negativo’”.⁹⁰ Concluindo, ainda, o autor que

De um ponto de vista formal esta categoria cabe ainda na dos crimes de perigo abstracto, porque a verificação do perigo não é essencial ao preenchimento do tipo; de um ponto de vista substancial, porém, do que verdadeiramente se trata é de crimes de aptidão, ou, na terminologia proposta por Bockelmann, de “conduta concretamente

⁸⁷ idem.

⁸⁸ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7 ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideu: B de F, 2005.p. 234.

⁸⁹ MONTAÑEZ, Tereza Rodríguez apud KNOLSEISEN, Michel. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: uma visão a partir da noção de bem jurídico**, UFPR/ICPC, p.25.

⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. cit., p. 293.

perigosa”, no sentido de que só devem relevar tipicamente as condutas apropriadas ou aptas a desencadear o perigo proibido no caso de espécie.⁹¹

A criação desta nova categoria de delito é contestada por GALLAS, que sustenta que a flexibilidade observada nos crimes de perigo abstrato já abrange os crimes classificados como crimes de perigo abstrato concreto, afora o fato de que tal modalidade de crime é incompatível com a exigência do resultado nos crimes de perigo concreto, que é, exatamente, a efetiva colocação do bem jurídico em perigo de lesão.⁹²

3. TERCEIRA PARTE

Feita esta exposição acerca dos diversos conceitos de bem jurídico-penal, bem como os reflexos da sociedade do risco no direito penal, principalmente com relação aos crimes de perigo, para dar continuidade ao trabalho, mister determinar a legitimidade do meio ambiente como bem jurídico-penal e, em seguida, relatar os princípios incidentes decorrentes desta compatibilidade.

3.1. A Legitimidade do Meio Ambiente como Bem Jurídico-Penal.

Nos termos anteriormente delineados na exposição acerca da sociedade do risco, não mais estamos diante de bens jurídicos individuais - facilmente determináveis e cuja conexão com o direito penal é facilmente aceitável -, mas sim perante bens coletivos (supra-individuais), verdadeiros interesses difusos, como é o caso do meio ambiente.

Quanto a este fenômeno, PRADO⁹³ esclarece que:

Essa nova ou ampliada dimensão de tutela é resultado do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social e a afirmação deste último, que engendra a assunção de novos deveres (v.g., assistência

⁹¹ *ibidem*.

⁹² MONTAÑEZ, Tereza Rodríguez apud KNOLSEISEN, Michel, op. cit., p.26.

⁹³ PRADO, Luiz Régis, op. cit., p. 106.

e promoção), novos encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada. Emergem como bens jurídicos relacionados com o desenvolvimento técnico e científico, frutos em grande parte da sociedade pós-industrial, na qual novos riscos são criados ou incrementados pelos processos de alta tecnologia. Esse perfil assumido pela sociedade atual, em que o risco é visto como algo que lhe é imanente, como verdadeiro consectário do progresso, engendra por sua vez a necessidade da intervenção normativa penal com o desiderato de enfrentar, na proteção de bens jurídicos, essas novas complexas situações de perigo.

Destarte, tendo-se como ponto de partida o critério da titularidade, o autor sustenta que os bens jurídicos podem ser individuais e metaindividuais. No caso dos bens jurídicos individuais é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, conforme sua vontade, portanto, têm caráter estritamente pessoal. Por outro lado, os bens jurídicos metaindividuais são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa), estando para além do indivíduo, de modo que, quando lesionados, afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade.⁹⁴

PRADO, diante disso, observa que

entre os bens jurídicos individuais e metaindividuais há, em sentido material, uma relação de complementaridade (v.g., a saúde pública e relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida do homem). Naqueles a referência individual privada é direta; nestes a referência pessoal é indireta, e maior ou e menor grau. São bens universais, da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado.⁹⁵

Após referidas colocações, o autor acaba por classificar os bens jurídicos em ⁹⁶:

⁹⁴ PRADO, Luiz Régis, op. cit., p. 107.

⁹⁵ Ibidem, p. 107/108.

⁹⁶ Ibidem, p. 109. Cabe dizer que o autor, depois de referida classificação, alude que “tantos os bens jurídicos coletivos como os difusos têm como ligação ou referência o indivíduo (aspecto complementar) que se apresenta mais intensa, menos tênue (bens coletivos), ou menos intensa, mais tênue (bens difusos), dependendo do nível dessa relação de proximidade. Na verdade, o que fica aqui sufragado é que o indivíduo como pessoa, o cidadão, deve ser sempre

i) bens jurídicos institucionais (públicos ou estatais) nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (exemplo claro seria a administração pública e administração da justiça);

ii) bens jurídicos coletivos que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas, mencionando-se como exemplo a saúde pública e a relação de consumo; e

iii) bens jurídicos difusos que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo, citando como exemplo o meio ambiente.

A respeito disso, levantou-se, na doutrina, a questão atinente a manutenção de uma só concepção de bem jurídico (monismo) ou duas visões distintas (dualismo), compreendendo os bens jurídicos coletivos e os bens jurídicos individuais.⁹⁷

BUSATO E KÄSSMAYER ressaltam que essa diferença terminológica não resulta de mero capricho, mas evidencia um “modelo de estado”⁹⁸, de forma que a opção por uma ou outra corrente corresponde àquilo sobre o que é ou deve ser o Estado.

Assim, para os adeptos da chamada concepção dualista de bem jurídico, entre os quais, de acordo com GRECO, se encontram TIEDEMANN, KUHLEN, SCHÜNEMANN, HEFENDEHL e FIGUEIREDO DIAS, há bens jurídicos tanto individuais, quanto coletivos, e não se pode reduzir bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem vice-versa os bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual.⁹⁹

Desta forma, as categorias de bens coletivos teriam como referência para a tutela penal o próprio meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública, sem um lastro antropológico que os relacionasse com interesses particulares de um indivíduo ou de uma comunidade determinada.

o destinatário maior de toda norma jurídica, há de ser a referência última em qualquer bem jurídico”.

⁹⁷ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin. **A legitimidade da Proteção Penal do Bem Jurídico Meio-Ambiente**, p. 15, artigo encontrado no site www.direitoerisco.com, acessado em 14/11/09.

⁹⁸ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p.15.

⁹⁹ GRECO, Luís, op. cit., p. 102/103.

Para BOTTINI, a adoção dessa concepção “pode levar à dissolução do próprio conceito de bem jurídico”. Esclarece o autor que

A excessiva abstração dos interesses difusos impede sua delimitação clara e, conseqüentemente, sua utilidade como instrumento de limitação do direito penal. Esta desvinculação da norma penal do conceito de bem jurídico acarreta a tendência, observada atualmente na prática político-criminal, de utilização do direito penal como mero reforço das normas administrativas sancionadoras.¹⁰⁰

Por outro lado, o monismo implica o estudo do tema do bem jurídico desde a perspectiva da pessoa, do indivíduo (monista personalista) ou do Estado, do coletivo (monista coletivista).

De acordo com o entendimento monista coletivista, todos os bens jurídicos serão reflexos de um interesse do Estado ou da coletividade¹⁰¹, em evidente prevalência do coletivo sobre o individual.

A teoria monista personalista, em sentido contrário, identifica o bem jurídico coletivo apenas na medida em que servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.¹⁰²

BUSATO E KÄSSMAYER aludem que a

teoria monista personalista é a que melhor responde aos pressupostos democráticos adequados à proteção do indivíduo, que modernamente não só se defende da intervenção do que von Liszt denominou a seu tempo de ‘Estado Leviatã’, mas também da pressão dos interesses corporativos que penetram as instituições jurídicas. Assim, desde o ponto de vista penal, a primazia do interesse individual diante do coletivo é hoje mais importante que nunca.¹⁰³

Importante ressaltar, com BOTTINI, que “isso não significa definir bens transindividuais como mera somatória dos bens jurídicos individuais”.¹⁰⁴ Torna claro aludido autor que

¹⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p.75.

¹⁰¹ GRECO, Luís, op. cit., p. 103.

¹⁰² BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 16.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 75/76

O conteúdo de proteção de ambos é substancialmente diferente porque aqueles, quando afetados, em geral, não permitem a aferição de prejuízos perfeitamente individualizáveis, pois não se pode quantificar a parcela que pertence a cada indivíduo em relação ao todo. A questão que se coloca não é a legitimidade da proteção dos bens jurídicos coletivos, mas a determinação do substrato material que justifique a intervenção penal.¹⁰⁵

Segundo TAVARES, “o bem jurídico na qualidade de valor e, conseqüentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem pública, cumpre a função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica”.¹⁰⁶

Ao adotar-se a teoria monista personalista, portanto, somente se admitiria, no caso do meio ambiente, por exemplo, a existência de um delito na medida em que houvesse um efetivo dano ou perigo ao meio ambiente em correlato prejuízo aos interesses individuais do homem. De acordo com BOTTINI:

para evitar uma expansão irracional do direito penal, faz-se necessário recuperar a capacidade crítica do conceito de bem jurídico, especialmente quando se tratar de bens difusos, e isso só pode ser alcançado se estes forem compreendidos como contextos necessários para, ainda que de maneira mediata, garantir a existência de interesses individuais indispensáveis para a materialização da dignidade humana.¹⁰⁷

HEFENDEHL, citado por BUSATO E KÄSSMAYER, sustenta que os bens ambientais não são considerados um valor em si mesmos, mas somente em sua função com respeito ao ser humano e em sua vinculação com suas necessidades existenciais.¹⁰⁸ BOTTINI, em sintonia com este preceito, explicita que:

O referente antropocêntrico será necessário para a caracterização do injusto em qualquer tipo penal direcionado à proteção de bens

¹⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 75/76.

¹⁰⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal** - Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 180.

¹⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p.75.

¹⁰⁸ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit, p. 28.

coletivos. Assim, o direito penal do meio ambiente não existe para proteger os elementos ambientais em si, como objetos autônomos e independentes dos interesses humanos, mas como fatores indispensáveis à vida e a saúde do homem. A conduta contrária ao meio ambiente somente interessa ao direito penal quando afetar o equilíbrio ecológico, ou seja, quando oferecer risco a interesses humanos fundamentais.¹⁰⁹

Logo, conceber o bem jurídico como o referente legitimador das normas penais exige preenchê-lo de sentido, de materialidade, ou seja, identificar quais os requisitos necessários para que um interesse adquira o *status* de bem protegido pelo discurso penal. No entanto, a identificação de tais requisitos não é preestabelecida, nem fechada. É produto da dinâmica social e representa os interesses vitais de um contexto organizacional, vigente em determinado período histórico.¹¹⁰

Deste modo, não há dúvidas, como alhures afirmado, sobre o interesse jurídico na tutela do meio ambiente na sociedade contemporânea, e que a norma penal incriminadora, num Estado Democrático de Direito, deve ter como referência assegurar a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, BOTTINI afirma que:

Esta concepção de bem jurídico é a única que permite funcionalizar o conceito em prol da manutenção das expectativas de um Estado Democrático de Direito. Assim, a proteção penal de bens jurídicos coletivos é legítima, desde que no bojo de uma política criminal orientada à proteção da liberdade de autodeterminação do ser humano, que só pode ser concebida através do indivíduo e não de instituições.¹¹¹

Assim, a viabilidade do meio ambiente como bem jurídico-penal, diante da concepção monista personalista, resta condicionada à estrita relação do bem jurídico meio ambiente em sua indispensabilidade ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade.

¹⁰⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 77/78.

¹¹⁰ Ibidem, p. 73.

¹¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 78.

Contudo, a caracterização do Meio Ambiente como bem jurídico-penalmente tutelado suscita a problematização do embate entre o princípio penal da intervenção mínima e os princípios de direito ambiental da precaução e da prevenção, o que será feito a seguir.

3.2. Breves Palavras sobre Princípios

Cabe, de forma sucinta, antes de adentrar na exposição dos princípios anteriormente mencionados, relatar o que a doutrina entendeu e entende por princípios, a fim de se estabelecer que, na atualidade, ao avesso do que se propugnou com o positivismo jurídico, os princípios não mais são entendidos como simples auxiliares interpretativos das leis, mas como verdadeiros informadores da ordem jurídica.

A palavra princípio possui sentidos diversos¹¹². Trata-se de verdadeira fonte do direito, caracterizada pela sua vagueza e amplitude do âmbito de aplicação; seu conceito passou por significativas mudanças na dogmática jurídica, sobretudo a partir de meados do século XX¹¹³.

Princípio, na famosa colocação de BANDEIRA DE MELLO, é:

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas componde-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹¹⁴

De acordo com CANOTILHO:

¹¹² AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91.

¹¹³ BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Prova de concurso público para Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006, p.1. O autor expõe claramente os giros conceituais.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 53.

os princípios desempenham um papel mediato, ao servirem como critério de interpretação e de integração do sistema jurídico, e um papel imediato ao serem aplicados diretamente a uma relação jurídica. Para o autor as três funções principais dos princípios são impedir o surgimento de regras que lhes sejam contrárias, compatibilizar a interpretação das regras e dirimir diretamente o caso concreto frente à ausência de outras regras.¹¹⁵

DWORKIN, por seu turno, determina que princípios e regras são normas, estabelecendo uma distinção forte entre eles baseada na diferença essencial entre suas estruturas lógico-normativas, qual seja, o fato de que as regras se aplicam segundo o critério do “all or nothing at all” (tudo ou nada), enquanto os princípios têm uma estrutura que permite convivência harmoniosa em casos de eventuais colisões.¹¹⁶

Já para ALEXY princípios são normas que estabelecem deveres de otimização (mandamentos de otimização) que instalam um dever de máxima efetividade a máxima aplicabilidade possível.¹¹⁷

Nesse sentido, explica BARROSO que

segundo a dogmática moderna as normas jurídicas podem ser divididas em normas-disposição e em normas-princípio, de maneira que a distinção entre normas e princípios está superada. Enquanto as normas-disposição são regras aplicáveis somente às situações a que se dirigem, as normas-princípio ou princípios possuem um grau maior de abstração e uma importância mais destacada dentro do sistema jurídico.

Assim sendo, os princípios são investidos de normatividade, não mais são vistos apenas como meio para interpretação e aplicação das leis, tidas como produto final da razão do homem moderno, tal qual no positivismo jurídico.

¹¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 122.

¹¹⁶ BOCKMANN MOREIRA, Egon, op. cit., p. 104.

¹¹⁷ idem.

Assumem, como visto, nas discussões da atualidade, papel de destaque no âmbito jurídico, sendo importante estabelecer “o reconhecimento da eficácia normativa dos ‘princípios’ que, uma vez incorporados explícita ou implicitamente na Constituição Federal, assinalam e indicam quais são os valores sociais, políticos e éticos partilhados por toda a sociedade, sintetizando-os”.¹¹⁸

3.2.1 Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal

No âmbito do Direito Penal, os princípios são verdadeiros freios e limites ao arbítrio e à onipotência do Estado, que podem obstaculizar o exercício desmedido e ilimitado do *jus puniendi* estatal.¹¹⁹

A expressão “princípio da intervenção mínima” foi utilizada pela primeira vez por Francisco Muñoz Conde¹²⁰ e significa, em síntese, que o direito penal deve preocupar-se apenas com as condutas mais graves que afetam os bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade.

Esta limitação ocorre, em grande medida, devido à resposta violenta dada pelo direito criminal, que atinge, em regra, um dos direitos mais essenciais ao homem: a liberdade¹²¹.

É um princípio central do direito penal, consequência das reações burguesas contra o sistema penal absolutista¹²² quando vozes como a de BECCARIA¹²³ ecoavam em prol de um direito penal mais humano e racional.

SILVA FRANCO E STOCO, a fim de evidenciar a importância deste princípio, colacionam que:

¹¹⁸ MEROLLI, Guilherme, op. cit., p.94.

¹¹⁹ ibidem, 99.

¹²⁰ Conforme BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p.4.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. rev. e ampl. Trad. Fauzi Hassan Choukr et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 427: “Justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo”. In Merolli, Guilherme. Fundamentos Críticos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 322.

¹²² BATISTA, Nilo. Introdução op. cit., p. 84.

¹²³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos E Das Penas**. Trad. por Torrieri Guimarães, São Paulo: Editora Martin Claret “Toda pena que não derive da necessidade absoluta é tirânica”, p. 42.

Não basta que se demonstre ser o controle social penal um mecanismo formalizado, em face do princípio da legalidade, nem que tal controle se realize a partir de fatos concretos, comissivos ou omissivos, que lesem ou ponham em perigo bens jurídicos fundamentais para a pessoa humana ou para a sociedade em que está inserida. Até aí o que se pôs em destaque foram as formas de atuação do poder punitivo, o que é pouco se não se lobrigar limites materiais ao próprio conteúdo e extensão desse poder. No fundo, com uma maioria nas Casas do Congresso e um Diário Oficial é sempre possível, ao Poder Executivo, tangenciar os princípios da legalidade e da exclusiva proteção de bens jurídicos e apelar ao Direito Penal para o equacionamento de todo e qualquer conflito social, transformando-o assim num expediente corriqueiro, de uso comum.¹²⁴

Dessa forma, o princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da *ultima ratio*¹²⁵, delega ao direito penal a posição de última opção no âmbito do controle social exercido pelo Estado. Nesse sentido, BUSATO e KÄSSMAYER afirmam que:

o estudo do princípio da intervenção mínima remete obrigatoriamente a pensar o Direito penal como mecanismo de controle social. Visto sob este ponto de vista, temos que o Direito penal intervém na última fase do controle social. Vale dizer, reserva-se o controle social penal para a condição de último recurso, quando todos os demais mecanismos já falharam na missão de ordenar os interesses sociais. Isso ocorre, porque a intervenção penal é essencialmente uma etapa violenta, já que aplica a pena ou a medida de segurança, que afligem diretamente a liberdade do indivíduo. Isto conduz, inexoravelmente, a uma necessária limitação¹²⁶.

De acordo com BATISTA, a análise do princípio da intervenção mínima dá-se em duas dimensões: a da fragmentariedade e a da subsidiariedade.¹²⁷

¹²⁴ SILVA FRANCO, Alberto, STOCO, Rui, et alii. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Doutrina e jurisprudência, 8ª ed., São Paulo: 2007, p. 48.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

¹²⁶ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 5.

¹²⁷ BATISTA, Nilo. Introdução op. cit., p. 85.

A fragmentariedade decorre da missão primária atribuída ao Direito Penal na atualidade, determinada como sendo a tutela de bens jurídicos. É óbvio que se o Estado pretendesse tutelar, por meio do Direito Penal, todos os bens, a liberdade dos cidadãos seria reduzida a um nível de inviabilidade da vida social.

Por isso, afirma a fragmentariedade do direito penal somente os bens jurídicos identificados como essenciais ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade devem ser objetos de proteção penal¹²⁸, de forma que a conceituação do que venha a ser um bem jurídico-penal torna-se fundamental.¹²⁹

Deste modo, limita-se a aplicação das penas às agressões mais graves à parcela dos bens jurídicos mais essencial ao cidadão, não se tipificando todas as condutas consideradas antijurídicas por outros ramos do direito, nem condutas ditas amorais por certo setor ou grupo social¹³⁰, ou, na metáfora de PRADO, “o Direito Penal deve ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente”.¹³¹

Por seu turno, a subsidiariedade¹³² implica na atuação do direito penal de modo secundário, impondo como corolário a incidência primária dos outros meios de controle existentes no sistema social, recorrendo-se, somente como último recurso, à aplicação, daí, subsidiária, do direito punitivo.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA sobre a subsidiariedade da medida penal sustenta que:

A cirurgia penal, por seus efeitos traumáticos e irreversíveis –por sua nocividade intrínseca –só pode ser prescrita *in extremis*, isto é, quando não se dispõe de outras possíveis técnicas de intervenção ou estas resultam ineficazes: como *ultima ratio*. O princípio da subsidiariedade expressa, portanto, uma exigência elementar: a

¹²⁸ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 8.

¹²⁹ O que pôde ser verificado no tópico anterior.

¹³⁰ BUSATO, Paulo César e KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 09.

¹³¹ PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte geral, v. 1. 5.ed. ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 149.

¹³² MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García, p. 80, aduzem que “La afirmación del carácter subsidiario del Derecho penal tiene su origen en la teoría de las normas que formulo a principios del siglo XX el penalista alemán BINDING. El punto de partida de este autor es su distinción entre norma y ley penal; el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal que no tiene más que una función sancionatoria de las acciones prohibidas por las normas”.

necessidade de hierarquizar, otimizar e racionalizar os meios disponíveis para responder ao problema criminal adequada e eficazmente. Uma autêntica exigência de econômica social que optará sempre em favor do tipo de intervenção menos lesiva ou limitativa dos direitos individuais dado que o Direito Penal é o ultimo recurso de uma sã política social.¹³³

Assim, a intervenção penal só se justifica quando todas as outras maneiras, jurídicas ou não, de tutela do bem jurídico à disposição fracassam. Ainda, a respeito, disserta BATISTA:

a subsidiariedade do direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como ‘remédio sancionador extremo’, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá ‘unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito’. Como ensina Maurach, não se justifica ‘aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só pagamento das despesas funerárias’. Foi observado por Roxin que a utilização do direito penal ‘onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica’ não dispõe da ‘legitimação da necessidade social’ e perturba ‘a paz jurídica’, produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do direito¹³⁴.

Desta feita, o princípio da intervenção mínima, tendo em vista a existência intrínseca do poder punitivo ao poder estatal – uma amarga necessidade para a manutenção de uma convivência minimamente pacífica e organizada, conforme MUÑOZ CONDE E ARÁN¹³⁵ -, e a indispensabilidade do Direito Penal como forma de controle social formalizado na sociedade atual

¹³³GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio apud SILVA FRANCO, Alberto, STOCO, Rui, et alii. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Doutrina e jurisprudência, 8ª ed., São Paulo: 2007, p.49.

¹³⁴ BATISTA, Nilo, op. cit., p. 85.

¹³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García, op. cit., p. 75.

(ante os moldes que se vivencia), relega-o a ultima instância para prevenção e repressão contra os ataques mais graves aos bens mais importantes¹³⁶.

As consequências deste princípio para o tema abordado no presente trabalho serão expostas após a análise do princípio da precaução e sua impossibilidade de concretização por meio dos crimes de perigo abstrato. Com isso, passa-se a apresentação do aludido princípio.

3.2.2. Princípios da Precaução e da Prevenção no Direito Ambiental

No âmbito do direito ambiental, por seu turno, os princípios desempenharam um papel fundamental no reconhecimento desse Direito enquanto ramo autônomo da Ciência Jurídica. Nesse diapasão, VASCONCELLOS E BENJAMIN¹³⁷ aponta as quatro principais funções dos princípios do Direito Ambiental no que diz respeito a sua compreensão e aplicação:

i) são os princípios que permitem compreender a autonomia do Direito Ambiental em face dos outros ramos do Direito;

ii) são os princípios que auxiliam no entendimento e na identificação da unidade e coerência existentes entre todas as normas jurídicas que compõem o sistema legislativo ambiental;

iii) é dos princípios que se extraem as diretrizes básicas que permitem compreender a forma pela qual a proteção do meio ambiente é vista na sociedade;

iv) e, finalmente, são os princípios que servem de critério básico e inafastável para a exata inteligência e interpretação de todas as normas que compõem o sistema jurídico ambiental, condição indispensável para a boa aplicação do Direito nessa área.

Posta a centralidade dos princípios para o Direito Ambiental, pode-se afirmar que os princípios da prevenção e da precaução encontram fundamento constitucional, pois estabelece a Constituição Federal de 1988 seu artigo 225 que:

¹³⁶ Ibidem, p. 76.

¹³⁷ VASCONCELLOS E BENJAMIN, ANTÔNIO H. apud MIRRA, Álvaro Luíz Valery. **Princípios fundamentais do direito ambiental**, em Revista de Direito Ambiental, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 52.

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

Determinou-se, assim, o caráter constitucional dos aludidos princípios, contemplados também em convenções internacionais e outros diplomas normativos¹³⁸.

São princípios basilares definidores, em grande medida, da própria existência do Direito Ambiental, pois interessa muito mais ao meio ambiente evitar o dano do que repará-lo, o que muitas vezes é inviável ou insatisfatório.

O princípio da precaução surge na Alemanha, na década de 60, como norteador da política ambiental alemã, determinando às autoridades a obrigação de agir diante de ameaças de danos ambientais irreversíveis, por mais que os conhecimentos fossem insuficientes para afirmar com certeza sequer a possibilidade de concretização de tal ameaça.¹³⁹

Na doutrina, é possível encontrar a aplicação dos vocábulos precaução e prevenção ora como sinônimos, ora em sentidos diversos, porém, complementares¹⁴⁰.

BOTTINI distingue a prevenção da precaução, considerando diferentes estratégias de enfrentamento do risco. Esclarece o autor:

Nos casos em que a periculosidade do comportamento é evidenciada por constatações científicas ou estatísticas, as medidas de restrição revelam a manifestação da prevenção. O princípio da prevenção será a diretriz para a restrição de uma atividade diante da evidência de perigo ou dano possível, quando houver risco diagnosticado. Já o princípio da precaução tem seu âmbito de aplicação no conjunto de técnicas ou produtos em relação aos quais não existe certeza científica ou constatação estatística sobre seus efeitos potenciais. O

¹³⁸ NOGUEIRA DA CRUZ, Ana Paula. **Crimes de Perigo e Riscos ao Ambiente**, Revista de Direito Ambiental nº 42, p. 05/24, menciona a Declaração de Estocolmo de 1972 como marco inicial, entre outros, a Carta de Direitos e deveres Econômicos dos Estados – ONU Res. 3.281/74, bem como a Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento,

¹³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 54.

¹⁴⁰ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 20.

princípio da precaução, portanto, surge na seara do cientificamente desconhecido.¹⁴¹

HAMMERSCHIDT, em sentido similar, aduz que:

(...) enquanto a prevenção é um assunto de especialistas confiados em seus saberes, a precaução é um assunto que compete à sociedade em seu conjunto e deve ser gerenciado em seu seio para orientar a tomada de decisões políticas sobre assuntos de relevância fundamental. (...) o princípio da precaução enfrenta a natureza da incerteza dos saberes científicos em si mesmo, referindo-se ao perigo abstrato. Atua para inibir o risco de perigo potencial, qual seja o risco de que determinado comportamento ou atividade seja daqueles que podem ser perigosas abstratamente.¹⁴²

Por fim, a opinião de NOGUEIRA:

O 'princípio de precaução', por sua vez, é apontado, pelos que defendem seu status de novo princípio jurídico-ambiental, como um desenvolvimento e, sobretudo, um reforço do princípio da prevenção. Seu fundamento seria, igualmente, a dificuldade ou impossibilidade de reparação da maioria dos danos ao meio ambiente, distinguindo-se do princípio da prevenção por aplicar-se especificamente às situações de incerteza científica.¹⁴³

Para PRADO AMARAL a precaução possui um sentido mais amplo que a prevenção, sendo que, enquanto a principal característica do princípio da precaução é a incerteza do dano, a precaução “deflui não só do que nós sabemos, mas também do que nós deveríamos ter sabido, e ainda, sobre o que nós deveríamos duvidar”.¹⁴⁴

BUSATO E KÄSSMAYER destacam que “em que pese esta diferenciação não se expanda a toda doutrina ambiental, como ressalta Édis

¹⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., 54,

¹⁴² HAMMERSCHIDT, Denise. **O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental**. RT 808/49, São Paulo: Ed. RT, jan-fev. 2003.

¹⁴³ NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. **O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro**. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs). Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p 199.

¹⁴⁴ PRADO AMARAL, Cláudio do, op. cit., p. 215.

Milare, a questão principal centra-se na importância do princípio diagnosticar possíveis riscos, evitando-os, medida esta cabível à proteção do bem ambiental e daqueles a eles dependentes, como a saúde humana".¹⁴⁵

Assim, os princípios da prevenção e da precaução de Direito Ambiental buscam proporcionar, para as presentes e futuras gerações, a preservação e a garantia da qualidade de vida, intimamente ligadas ao meio ambiente, conciliando elementos econômicos e sociais, ou seja, tendo em vista a idéia de desenvolvimento sustentável, entendido, de acordo com o Relatório de Brundtland (1987) como "(...) desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das gerações vindouras satisfazerem as suas próprias necessidades".¹⁴⁶

Advém dos aludidos princípios a necessidade impreterível de controlar os riscos para a vida em sociedade, o que exige a implementação imediata de medidas de prevenção e precaução. Diante disso, assume relevante importância a aplicação da realização de estudos de impactos ambientais, nos casos em que há incerteza ou dúvida sobre os riscos nocivos ao ambiente em determinadas atividades realizadas pelo homem.

De acordo com PRADO AMARAL, tendo em vista os contornos da sociedade de risco, há um desdobramento da política criminal numa vertente prático-preventiva refletido na abertura excessiva ao princípio da precaução. Afirma o autor:

Alguns setores da doutrina têm proposto o aporte do princípio da precaução sobre o direito penal, e especialmente sobre a política criminal, afirmando-o dotado de uma função de análise democrática de riscos e gestão democrática de riscos, limitando e prevenindo os riscos a patamares possíveis.¹⁴⁷

Assim, descritos os princípios da precaução e da prevenção no âmbito do direito ambiental, é importante referir às técnicas anteriormente espostas de tipificação de crimes de perigo no direito penal - que, em tese, obteriam certo êxito no controle dos riscos decorrentes da etapa do desenvolvimento

¹⁴⁵ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 20.

¹⁴⁶ http://www.cm-amadora.pt/PageGen.aspx?WMCM_Paginald=42786, página acessada em 19 de julho de 2010, às 10h30min.

¹⁴⁷ PRADO AMARAL, Cláudio do, op. cit., p. 214.

social atual-, em contraposição aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, incluído, portanto, o princípio da intervenção mínima, para que se possa fixar, finalmente, o momento legitimamente oportuno da intervenção penal no caso do meio ambiente.

3.3. A inconstitucionalidade dos Crimes De Perigo Abstrato¹⁴⁸

Segundo DIAS, na atualidade, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é questionada pelo fato de poderem constituir uma tutela demasiado avançada de um bem jurídico, colocando em risco o princípio da legalidade e o princípio da culpa, esclarecendo que a doutrina majoritária, contudo, pronuncia-se, ao seu entender com razão, pela sua constitucionalidade “quando visarem a protecção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”.¹⁴⁹

No Brasil, BITENCOURT afirma que, tendo em vista o princípio da lesividade, “são inconstitucionais todos os chamados de perigo abstrato”, e “somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado”.¹⁵⁰

Na mesma linha, FLÁVIO GOMES assevera que, ante o princípio da lesividade, “está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma ou mesmo como simples desvalor da ação (é o que se dá no perigo abstrato)”.¹⁵¹

¹⁴⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, op. cit., p. 110, expõe, de forma sucinta, o cenário atual da dogmática internacional acerca da discussão da constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato: “JAKOBS afirmou a ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico; GRAUL rejeita a presunção de perigo nos crimes de perigo abstrato; SCHÖDER propôs admitir a prova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto. Por outro lado, destacando a finalidade de proteção de bens jurídicos atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente indissociáveis de políticas comprometidas com o equilíbrio ecológico, o controle das atividades econômicas e, de modo geral, a garantia do futuro da humanidade no planeta, HORN e BREHM propõem fundar a punibilidade do perigo abstrato na contrariedade ao dever, como um perigo de resultado (e não como um resultado de perigo) e FRISCH pretende compreender os delitos de perigo abstrato como delitos de aptidão (Eignungsdelikte), fundado na aptidão concreta ex ante da conduta para produzir a consequência lesiva”.

¹⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. cit., p. 293.

¹⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 22.

¹⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

BIANCHINI também critica os delitos de perigo abstrato, certificando que eles ofendem os princípios da lesividade, da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade. Para a autora “na medida que o direito penal somente se deve reservar as condutas que mais gravemente ofendam bem de fundamental importância para a coexistência humana, a punição a título de perigo encontra-se ameaçada”.¹⁵²

Interessante destacar, ainda, a seguinte conclusão trazida por BIANCHINI:

A existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada. Além disto, somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer a imposição de sanção por tê-la praticado.¹⁵³

Diante do exposto, os crimes de perigo abstrato representam o adiamento insustentável do momento consumativo da ação a etapas prévias a lesão ou a colocação concreta do bem jurídico em risco, podendo-se sustentar que esta categoria de delito não passa na verdade da criação de um perigo de perigo, como bem enunciado por ZAFFARONI.¹⁵⁴

3.3.1. A incompatibilidade das técnicas precaucionais com o Direito Penal

O direito penal, enquanto forma de tutela do meio ambiente, na sociedade industrial do risco, tende-se a valer muito dos tipos de perigo abstrato, que como visto anteriormente, é a técnica utilizada para qualificar como crime determinadas condutas independentemente da produção de um resultado externo, antecipando de forma exagerada e inaceitável a etapa de imputação penal, em prejuízo das garantias dos cidadãos.

¹⁵² BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 64 e ss.

¹⁵³ *ibidem*, p.68.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul et alli apud KNOLSEISEN, Michel, op. cit, p. 32.

Nesse sentido, SIRVINSKAS afirma que “são os crimes de perigo abstrato que marcam os tipos penais ambientais na moderna tutela penal”.¹⁵⁵

Estes, por seu turno, guardam estrita relação com o princípio da precaução. De acordo com BOTTINI, o direito penal tende a incorporar a precaução como princípio orientador de determinadas normas, para fortalecer o sistema de gerenciamento de riscos, e responder às demandas típicas da sociedade moderna por maior controle e segurança.¹⁵⁶ Segundo o autor:

A ânsia por proteção leva o direito penal a coibir condutas cuja periculosidade é meramente indiciária, cujos riscos não são evidentes, apenas suspeitos. A tutela não se antecipa apenas ao resultado lesivo mas, em determinados dispositivos, antecipa-se à própria constatação do risco, envolvendo a norma penal em um campo que, até então, lhe era estranho: o campo da precaução. O tipo penal da precaução afetará, justamente, as atividades cuja periculosidade não é reconhecida pela ciência nem pelas evidências estatísticas, mas cuja contenção é exigida por uma sociedade apavorada com os efeitos potenciais e ocultos das novas tecnologias.¹⁵⁷

Contudo, para BOTTINI, tais propostas não podem ser aplicadas num sistema penal com base na dignidade humana, o qual assevera que ao se permitir a incidência de pena sobre condutas cujos riscos não são sequer indiciários, seria o mesmo que aceitar que um gestor de riscos (técnico, cientista) adentre no sistema penal, maculando a sua estabilidade.

Ademais, com a utilização dos crimes de perigo abstrato, fundamentados na precaução, há evidente violação ao princípio da presunção de inocência, pois:

Nos delitos de perigo abstrato de prevenção, relacionados a comportamentos cujos riscos são reconhecidos, ainda haverá a possibilidade de o autor sustentar, com base nos fatos ontológicos e em dados nomológicos, a ausência de periculosidade. Nas hipóteses de precaução, a refutação do risco não pode ser feita, justamente

¹⁵⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela Penal do meio ambiente**, São Paulo: Saraiva, 1998, p.20.

¹⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 64/65.

¹⁵⁷ ibidem, p. 65.

porque não existem informações disponíveis sobre os potenciais cursos causais danosos que as envolvem. A presunção *iuris tantum* de perigo passa a ser *iuris et de iure*, ou seja, absoluta e irrefutável, que atinge a materialidade do injusto(...). Nestes casos, a dúvida, a incerteza, a obscuridade que recai sobre as atividades restritas pelas medidas de precaução pesa contra o acusado, que terá que demonstrar a inocuidade de seu comportamento em um contexto em que nem a ciência pode oferecer respostas claras sobre a questão.¹⁵⁸

Desta forma, o autor acaba por afastar a aplicação do enunciado da precaução no direito penal, estabelecendo que

O limite inquebrantável do direito penal é a existência de risco, que delimita a fronteira existente entre a prevenção e a precaução, de modo que fica afastada a incidência das normas penais diante do descumprimento de regras de precaução, impostas pela ausência de conhecimento científico sobre a periculosidade das novas tecnologias e produtos.¹⁵⁹

3.3.2 A Etapa de Atuação Penal no Caso do Meio Ambiente

Para sepultar de vez a inviabilidade do emprego das técnicas precaucionais em matéria penal e afastar a utilização das técnicas de crime de perigo abstrato do Direito Penal, falta conjugar duas proposições estabelecidas no início do presente trabalho: i) que o direito penal é um dos instrumentos de controle social formalizado à disposição do Estado, ii) cuja atuação, considerando o princípio da intervenção mínima, diz apenas com as condutas mais graves que afetam os bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento do indivíduo em sociedade.

Conforme anteriormente estabelecido, o meio ambiente é um bem jurídico cuja indispensabilidade ao homem não pode ser posta em dúvida, ainda mais quando se leva em conta os novos riscos ocasionados na modernidade que o ameaçam e o danificam constantemente sem medidas. Assim, desde que se considere o meio ambiente em correlação com o homem, pode-se afirmá-lo como um bem jurídico-penal legítimo.

¹⁵⁸ BOTTINI, op. cit., p. 101.

¹⁵⁹ ibidem, p. 103.

O problema, entretanto, não se esgota nesta primeira afirmação, posto que cabe, ainda, definir que o direito penal atua somente como última opção e apenas para as condutas mais graves (a última das etapas do controle social). Este postulado, portanto, soma-se a tudo aquilo anteriormente exposto sobre a incompatibilidade das medidas de precaução no âmbito penal.

BUSATO E KÄSSMAYER aduzem que:

a atividade jurídico-penal só pode estar presente no campo repressivo, ainda assim, submetido cabalmente ao princípio da intervenção mínima. Cabe, assim, tão somente à função administrativa do Estado Gestor a efetividade do princípio basilar do Direito Ambiental: a precaução. Mediante ações pró-ativas estatais (educação ambiental, fiscalização, planejamento da atividade econômica – estudo de impacto ambiental, licenciamento e zoneamento ambiental) (...).¹⁶⁰

Deste modo, e tendo em vista a afirmação inicial de que as formas de controle social realizadas anteriormente ao direito penal são mais eficazes e importantes, há filtros do controle social antecedentes ao Direito penal no que diz respeito às atividades estatais de gerência do ambiente e de sua proteção. Somente quando estes mecanismos falham, e nos casos mais graves, “sendo a conduta tal que provoque um dano ambiental de graves proporções, a ponto de corresponder a um perigo concreto importante à vida e ou à saúde humana em geral”¹⁶¹, é que há a intervenção penal com o seu caráter sancionador, afastado, portanto, o delito tido como de perigo abstrato do âmbito penal.

¹⁶⁰ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 27

¹⁶¹ BUSATO, Paulo César, KÄSSMAYER, Karin, op. cit., p. 27.

CONCLUSÃO

É inegável a importância do meio ambiente para a humanidade e, considerando os riscos decorrentes dos tempos atuais, não há como recusar a este bem a guarida oferecida pelo Direito Penal, que, ressalte-se, deve sempre ser a última das ferramentas do controle social utilizadas.

Destarte, estabelecer a legitimidade do meio ambiente como um bem jurídico-penal não significa aceitar a atuação deste ramo de forma desmedida e irracional, na contramão de todas as garantias conquistadas com os ideais liberais. Há, sempre, que se considerar o caráter da fragmentariedade e da subsidiariedade, características do princípio da intervenção mínima, e conhecer os limites do Direito Penal, com o cuidado precisamente para não o tornar num remédio para todos os males que acaba por nada curar.

Por fim, e ante o exposto, não deve o Direito Penal, no caso da intervenção ambiental utilizar-se dos preceitos precaucionais, seja por meio da técnica dos tipos de perigo abstrato, a qual não encontra legitimidade suficiente para ser aplicada num Estado Democrático de Direito, ou por meio de qualquer outra técnica, posto que tal atividade significa na antecipação do *jus puniendi* incompatível com os direitos fundamentais do homem, especialmente a presunção de não culpabilidade, e com as propostas da mínima intervenção penal, que coloca o Direito Penal como último “freio social” para tratar apenas dos ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes, o que significa que as medidas decorrentes do princípio da precaução coadunam-se de maneira mais eficaz com os filtros de controle social anteriores à sanção penal.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro: Revan, 10ª Ed, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo** – Hacia una nueva modernidad. Traduzido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. por Denise Agostinetti, rev. por Silvana Cobucci Leite, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Prova de concurso público para Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

BUSATO, Paulo César, e HUAPAYA, Sandro M., **Introdução ao Direito penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BUSATO, Paulo César e KÄSSMAYER, Karin. **A legitimidade da Proteção Penal do Bem Jurídico Meio-Ambiente**, artigo encontrado no site www.direitoerisco.com, acessado em 14/11/09.

BUSATO, Paulo César e KÄSSMAYER, Karin. **Intervenção mínima x precaução: conflito entre princípios no direito penal ambiental?**, artigo encontrado no site www.direitoerisco.com, acessado em 14/11/09.

BOTTINI, Piarpaulo Cruz. **Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 61, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BUZZÁ MACHADO, Fernando. **Direito Penal e a Sociedade do Risco**. UFPR. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito penal – parte geral**, 2ª ed., Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2007.

ELAYNE BERBICH DE MORAES, Márcia. **A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei nº 9.605/98)**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

FERNANDES NOGUEIRA DA CRUZ, Ana Paula. **Crimes de Perigo e Riscos ao Meio Ambiente**, em Revista de Direito Ambiental nº 42, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal: parte geral**. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I, Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. **“Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**.

em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 49, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HAMMERSCHIDT, Denise. **O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no Direito Ambiental**. RT 808/49, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan-fev. 2003.

KNOLSEISEN, Michel. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: uma visão a partir da noção de bem jurídico**, UFPR/ICPC, 2008.

MEROLLI, Guilherme. **Por uma refundação principiológica da dogmática jurídico-penal**. Dissertação apresentada no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Paraná, 2005.

MIRRA, Álvaro Luíz Valery. **Princípios fundamentais do direito ambiental**, em Revista de Direito Ambiental nº 2, Editora Revista dos Tribunais, 1996.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 7 ed. Buenos Aires: Euros Editores. Montevideu: B de F, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal: parte general**. 6 ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

NOGUEIRA DA CRUZ, Ana Paula Fernandes. **Crimes de Perigo e Riscos ao Ambiente**, Revista de Direito Ambiental nº 42, 2006.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. **O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro**. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs). Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

PISA, Adriana. **Direito penal ambiental x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica**, em Revista de Direito Ambiental nº 54, Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO AMARAL, Cláudio do. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea**. Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco, São Paulo: IBCCRIM, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 47, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**, trad. por Luís Greco, 2ª Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGO AFLEN DA SILVA, Pablo. **Aspectos Críticos do direito penal na sociedade do risco**, em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 46, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. **O Direito penal é a última ratio da proteção de bens jurídicos**. Trad. por GRECO, Luís. em Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 53, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA FRANCO, Alberto, STOCO, Rui, et alii. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. Doutrina e jurisprudência, 8ª ed., São Paulo: 2007.

SILVA SANCHES, Jesús María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: RT, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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

WESSELS, Johannes. **Direito Penal, parte geral (aspectos fundamentais)**. Trad. por TAVARES, Juarez. Porto Alegre: Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.