**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

DOUGLAS DE BARROS IBARRA PAPA

**O BEM JURÍDICO-PENAL COMO PADRÃO CRÍTICO E CRITÉRIO
LEGITIMADOR DAS INCRIMINAÇÕES AMBIENTAIS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DOUTOR PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

**SÃO PAULO
2013**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

DOUGLAS DE BARROS IBARRA PAPA

**O BEM JURÍDICO-PENAL COMO PADRÃO CRÍTICO E CRITÉRIO
LEGITIMADOR DAS INCRIMINAÇÕES AMBIENTAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Pierpaolo Cruz Bottini.

**SÃO PAULO
2013**

Banca Examinadora:

*"Por debaixo de verdades aparentes, a razão busca verdades reais,
novas e profundas verdades fundamentadas".*

(FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE)

Discurso de investidura como "Doctor Honoris Causa" na Universidade de
Salamanca, 1995.

Ao meu querido avô BENEDITO LEITE DE BARROS (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

O cumprimento dessa missão não seria possível sem a presença de pessoas que, direta ou indiretamente, contribuíram para a sua realização. Sinto-me feliz em poder agradecer:

Aos meus pais, RONALDO e SOLANGE, por tudo que sempre significaram para mim, pelo exemplo de vida e de caráter. Serei eternamente grato pelo apoio incondicional aos meus estudos.

Aos meus irmãos, RONALDO JR. e LOUISE, pelo encorajamento constante. À LOUISE, em especial, pelo companheirismo em São Paulo, e por ter, forçosamente, aprendido sobre direito penal ambiental.

Às minhas avós, ERACY e SALOMÉ, que através de suas orações, sempre me incentivaram e me apoiaram nas minhas empreitadas profissionais.

Ao meu avô BENEDITO, que partiu para uma vida melhor. Este trabalho é especialmente dedicado a ele.

Aos meus primos e primas, tios e tias, pelo incentivo e apoio.

Ao meu orientador, Professor PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, pela orientação, incentivo, generosidade nos diálogos e, especialmente, pela confiança depositada.

Aos Professores RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA e ANA ELISA LIBERATORE SILVA BECHARA, pelas valiosas críticas e sugestões fornecidas na banca de qualificação.

Aos demais professores, alunos, amigos e funcionários da Faculdade de Direito da USP, pelo convívio e amizade.

Aos funcionários do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, importante centro de pesquisas jurídico-penais.

A todos os meus amigos e amigas de Cuiabá, pelo incentivo.

Aos professores e funcionários da FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO – UFMT, onde tudo começou.

Ao Professor ANDRÉ LUIS RIBEIRO LACERDA, pela paciência e incentivo, ainda na fase embrionária deste projeto.

Ao Professor PATRYCK DE ARAÚJO AYALA, pelas sugestões em momento crucial desta missão.

Ao Professor ULISSES RIBEIRO, quem gentilmente abriu as portas da sua biblioteca particular em Cuiabá, possibilitando o aprofundamento dos meus estudos em direito penal.

Ao amigo RENATO SILVESTRE MARINHO, pelo convívio em São Paulo e pelas discussões produtivas que tivemos durante o período do mestrado.

À CAMILLA FUREGATO, pela valiosa contribuição na revisão final.

À FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE MATO GROSSO – FAPEMAT, pelo apoio financeiro.

PAPA, Douglas de Barros Ibarra. **O bem jurídico-penal como padrão crítico e critério legitimador das incriminações ambientais**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013 (Dissertação de Mestrado em Direito Público, subárea Direito Penal).

Orientador: Pierpaolo Cruz Bottini.

RESUMO

O incluso estudo tem por intenção investigar a capacidade crítica da teoria do bem jurídico como critério legitimador das incriminações ambientais. Para tanto, inicia-se por uma análise evolutiva da teoria, desde os movimentos iluministas até as concepções hodiernas, no âmbito de uma verdadeira crise conceitual, a permitir a escolha de um caminho metodológico mais condizente com as demandas do direito penal contemporâneo. Em seguida, coloca-se a problemática sob um enfoque mais amplo, buscando compreender a sociedade de risco atual e sua inevitável projeção no sistema penal. Esta abordagem interdisciplinar permitirá uma avaliação sobre a capacidade crítica do bem jurídico na esfera ambiental, partindo-se de uma real compreensão da realidade social. Na sequência, são estabelecidas as principais linhas teóricas tendentes a conferir (i)legitimidade à proteção do ambiente enquanto bem jurídico-penal, a fim de avaliar os seus pressupostos metodológicos, permitindo constatar em que medida cada uma delas pode reforçar ou desprestigiar a função crítica exercida pela teoria na seara do direito penal ambiental. Por fim, busca-se empreender algumas premissas metodológicas capazes de clarificar uma diretriz acerca do conteúdo dos bens jurídicos ambientais, que possa conferir limite à proteção penal neste campo, apontado-a necessariamente em um marco amplificado, a partir de um diálogo com a dogmática do direito ambiental. A temática é afunilada na polêmica existente em relação à necessidade de um ponto de equilíbrio entre o normativismo e o ontologismo, cujos reflexos certamente afetam as bases históricas e atuais da teoria do bem jurídico. Tal análise pode contribuir no processo de racionalização, interpretação e aplicação dos tipos penais ou categorias dogmáticas no bojo da Lei Brasileira de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98).

Palavras-Chave: Bem jurídico, direito penal, meio ambiente, sociedade de risco.

PAPA, Douglas de Barros Ibarra. **The criminal juridical asset as a critical pattern and legitimizing criterion of environmental offenses**. São Paulo: University of São Paulo, 2013 (Dissertation in Public Law, Criminal Law subarea).

Tutor: Pierpaolo Cruz Bottini.

ABSTRACT

This study aims to investigate the critical ability of the criminal juridical asset theory as a legitimizing criterion of environmental offenses. It begins with an analysis of the theory since the Enlightenment up to the current conceptions in the context of a genuine conceptual crisis that allows for the choice of a methodological path more consistent with the demands of the contemporary criminal law. Then the crux of the problem is focused more comprehensively in order to understand the risk society and its inevitable current projection in the criminal system. This interdisciplinary approach will allow for an assessment of the critical capacity of the legal interest in the environmental sphere starting with a real understanding of the social reality. Next, the main theoretical lines entitled to evaluate the legitimacy or illegitimacy to the protection of the environment as a criminal juridical asset are put forward in order to assess their methodological assumptions attempting to verify how each one of them can reinforce or discredit the critical function theory exerted by the theory in the ground of the environmental criminal law. Finally, the study seeks to undertake some methodological premises capable of elucidating a notion of the environmental juridical asset, which in turn is capable of conferring limits to the penal protection in this field necessarily under a broader range departing from a dialogue with the dogma of the environmental law. The theme is tapered in the existing controversy regarding the need for a balance between normativism and ontologism whose reflexes certainly affect current and historical bases of the criminal juridical asset theory. Such analysis can contribute to the process of rationalization, interpretation and application of the criminal types or dogmatic categories in the heart of the Brazilian Environmental Crimes Act (Law 9.605/98).

Keywords: juridical asset, criminal law, environment, risk society.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACP - Ação Civil Pública

ADPCP - Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales

HC - Habeas Corpus

IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

MS - Mandado de Segurança

RBCCRIM - Revista Brasileira de Ciências Criminais

RBCS - Revista Brasileira de Ciência Sociais

RCSP - Revista Catalana de Seguretat Pública

RDA - Revista de Direito Ambiental

RDPC - Revista de Derecho Penal y Criminología

RPCC - Revista Portuguesa de Ciências Criminais

RPCP - Revista Peruana de Ciencias Penales

RT - Revista dos Tribunais

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL: ELEMENTOS HISTÓRICOS E A CRISE CONTEMPORÂNEA	18
1.1 Notas preliminares	18
1.2 Síntese histórica da teoria do bem jurídico-penal	20
1.2.1 A ideia de bem jurídico no Iluminismo.....	20
1.2.2 Feuerbach e a proteção de direitos subjetivos	22
1.2.3 Birnbaum e a fundamentação da teoria do bem jurídico.....	25
1.2.4 O positivismo de Binding e Von Liszt	28
1.2.5 O conceito metodológico do neokantismo	34
1.2.6 Welzel e a proteção de valores ético-sociais	38
1.3 Concepções contemporâneas	41
1.3.1 A Constituição como critério axiológico de orientação	41
1.3.1.1 Teorias constitucionais do bem jurídico	47
1.3.2 Teorias sociais: o funcionalismo	54
1.3.2.1 Teorias sociológicas do bem jurídico	57
1.4 Novos paradigmas dogmáticos: ampliação ou superação do conceito de bem jurídico?	66
1.5 Bens jurídicos supraindividuais e a delimitação material do delito no Estado Democrático de Direito.....	79
2 PROTEÇÃO PENAL AO AMBIENTE NA SOCIEDADE DE RISCO	91
2.1 Notas preliminares	91
2.2 Ambiente e as novas tecnologias de risco	92
2.2.1 Risco, contingências e estruturas normativas em um mundo complexo	97

2.2.2 O perfil contemporâneo dos riscos e a crise ecológica	100
2.2.3 Riscos ecológicos em face da modernização reflexiva	109
2.2.3.1A emergência do discurso ambiental nos contornos da subpolítica	116
2.3 Direito penal ambiental como direito penal do risco	124
2.3.1 Sociedade de risco e a expansão do direito penal	125
2.3.2 Política criminal e a proteção penal ao ambiente no Brasil	131
2.3.2.1O tratamento às questões ecológicas na Constituição Federal de 1988: um mandato expresso de criminalização?	135
2.3.2.2A <i>administrativização</i> do direito penal ambiental: a Lei 9.605/98	143
3 O AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO-PENAL	153
3.1 Notas preliminares	153
3.2 Bem jurídico: valor, objeto ou interesse?	154
3.3 Bens jurídicos ambientais: conteúdo e pressupostos	156
3.3.1 O bem jurídico protegido pelo direito penal do ambiente.....	160
3.3.1.1Ambiente: características e conceitos	161
3.3.1.2 Bens jurídicos ambientais e funções.....	166
3.4 O bem jurídico como limite ao direito penal ambiental	168
3.4.1 Proteção penal simbólica ao ambiente	174
3.5 A capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal ambiental	179
4 O BEM JURÍDICO COMO PADRÃO CRÍTICO NO DIREITO PENAL DO AMBIENTE: UMA VIA INTERMEDIÁRIA	195
4.1 Notas preliminares	195
4.2 Ambiente e relações sociais	196
4.3 Limites entre o ontologismo e o normativismo no direito penal ambiental	199
4.4 O princípio normativo da ofensividade: limites à proteção penal do ambiente	208

4.5 Problemáticas atuais	213
4.5.1 Maus-tratos a animais	213
4.5.2 Delitos por acumulação	217
CONCLUSÕES	223
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	228

INTRODUÇÃO

A pesquisa histórica tem revelado que a preocupação intelectual com os problemas ambientais esteve presente desde o final do século XVIII, ocupando uma posição relevante no processo de construção do pensamento moderno. Até aquele período, as reflexões filosóficas e científicas concentravam-se apenas na influência exercida pela natureza na vida humana. Enquanto que as análises acerca dos impactos da ação histórica do homem na Terra e da capacidade da ação humana para degradar ou mesmo destruir o mundo natural são essencialmente modernas.

A emergência de um ambientalismo complexo e multissetorial a partir da década 70, dotado de alto perfil no cenário público global, representou um dos fenômenos mais significativos da história contemporânea. Trata-se de um movimento histórico que repercutiu em diferentes campos do saber, inspirando o estabelecimento de comportamentos sociais, ações coletivas e políticas públicas em diferentes níveis de articulação e penetrando nas estruturas educacionais, nos meios de comunicação, no imaginário coletivo e nos diversos aspectos da arte e da cultura.

Nos primeiros anos da década de 70, a preocupação inicial centrou-se nos limites do desenvolvimento, em que pese à percepção do perigo ambiental numa convicção abrangente de que a civilização industrial não era sustentável. Os escritos da época tinham em comum uma perspectiva multidimensional, partilhando a conclusão de que se encontrava iminente uma crise de sobrevivência civilizacional. Assim, disseminou-se a consciência de que as fontes de riqueza estariam contaminadas por ameaças colaterais, devido, sobretudo, ao superdesenvolvimento das forças produtivas, desencadeando mecanismos de destruição capazes de alimentar uma crescente crítica à modernização e definir os novos rumos das discussões públicas.

Nesse sentido, com o crescimento qualitativo e quantitativo da produção científico-tecnológica e da velocidade dos fenômenos midiáticos, catalisou-se uma explosão de temas da vida e do ambiente na agenda política, engendrando novos discursos ambientais no seio

da esfera pública. Uma nova percepção histórica sobre processos de mudança ambiental passa a ser delineada, a partir de uma interação entre fatores humanos e naturais, através de teorizações mais abertas e diante da diversidade das formas de percepção cultural do mundo biofísico e de sua relação com a vida humana.

Com efeito, privilegiar-se-á neste estudo uma tematização das condições e das estruturas sociais que nortearam as articulações jurídicas nas últimas décadas, em especial o desenvolvimento de um direito penal do ambiente, reflexo dos aprofundados estudos em matéria ambiental a partir dos anos 70. Exemplo paradigmático do direito penal moderno, o direito penal ambiental concentra grande parte das polêmicas hoje existentes no âmbito da dogmática penal, por envolver bens jurídicos dotados de novos contornos, abertos à esfera pública e suscetíveis de serem merecedores de proteção penal.

O presente trabalho tem como foco principal a teoria do bem jurídico-penal no âmbito das incriminações ambientais. A questão de fundo proposta está em avaliar as principais construções metodológicas tendentes a conferir maior racionalidade neste campo, a fim de aferir se o bem jurídico pode ou não permanecer como padrão crítico e critério de legitimidade no âmbito destas incriminações. Busca-se, em verdade, estabelecer critérios mínimos que permitam analisar se a teoria tem aptidão para exercer por excelência uma função crítica no bojo do direito penal ambiental.

Todavia, não se pode negar que o direito penal enfrenta nos dias hodiernos um cenário de crise, pois diante dos desafios impostos pela nova ordem social, pelo avanço dos riscos tecnológicos, as investigações metodológicas como um todo caminham para um beco sem saída, isto é, diante das aporias, ou se mantém a aderência a um sistematismo dogmático-conceitual (próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo do século XIX), ou se empreende reflexões críticas, particularmente no âmbito do pensamento jurídico-penal, a fim de se pensar em caminhos novos para os novos problemas.

Na seara do direito penal contemporâneo, a necessidade de reflexões críticas destinadas à construção de novos padrões metodológicos começa a se intensificar a partir da década de 70, período em que o processo de criminalização de condutas ofensivas a bens jurídicos supraindividuais toma um importante vulto, sob forte influência da criminologia crítica, cujas propostas político-criminais estabeleciam uma contração do sistema penal em certas áreas para expansão de outras. Defendia-se a mudança de

paradigma das criminalizações, com o escopo de reduzir as desigualdades de classes sociais.

Desse modo, a dogmática passou a absorver estes novos anseios, adequando-se aos impactos dos riscos contemporâneos com o uso, por exemplo, de conceitos indeterminados e de cláusulas penais em branco em desfavor do princípio da legalidade; da antecipação da tutela do interesse protegido, tornando-se a estrutura típica do crime de perigo abstrato como referente do ilícito penal, instrumentos técnicos que permitem uma maior adequação entre a natureza dos direitos relativos a bens jurídicos supraindividuais e a forma de proteção dos mesmos por normas jurídico-penais.

Não se pode olvidar que o tema central deste estudo tem reflexos significativos na teoria do delito, como no tipo penal, na imputação objetiva, na culpabilidade etc. Entretanto, crê-se que a centralização das reflexões (críticas) em torno do bem jurídico-penal, mormente no cenário dos interesses difusos, já ganha uma problematicidade peculiar, merecendo, assim, um enfoque específico. Aliás, acredita-se que o ressurgimento da teoria do bem jurídico no centro dos debates jurídico-penais nos últimos anos é um indicativo de que o conteúdo material das novas incriminações e a legitimidade da intervenção penal em campos supraindividuais pode ainda ser submetido a novas leituras, ensejando reflexões críticas e, conseqüentemente, esforços tendentes a estabelecer novos e mais producentes padrões metodológicos.

O enfrentamento da problemática proposta neste trabalho será realizado em quatro etapas.

No capítulo 1, abordar-se-á a evolução dogmática da teoria do bem jurídico como critério de limitação do direito penal, a fim de aferir como a teoria se amoldou a distintos modelos de Estado e contextos sociais. Trançando este panorama, almeja-se apontar a conquista gradual da teoria no sentido de estabelecer um aspecto material às incriminações, ora colaborando com um enfrentamento crítico em relação ao processo de criminalização, ora evidenciando retrocessos no que concerne a racionalidade do direito penal. Uma vez estabelecido este quadro evolutivo, expor-se-ão as teorias atuais sobre o bem jurídico, no âmbito de uma verdadeira crise em suas bases conceituais, o que irá permitir estabelecer uma escolha metodológica que seja mais condizente com as exigências do direito penal atual.

Em seguida, no capítulo 2, enfrenta-se a temática sob um enfoque mais amplo, compreendendo-se a sociedade de risco atual e sua inevitável projeção no sistema penal. Advirta-se que as novas condições teóricas no âmbito da sociologia e o novo quadro social formado nos anos 60 e 70 (período em que diversas lutas sociais foram protagonizadas por grupos sociais, inclusive através de movimentos ambientalistas sensibilizados pelas questões ecológicas) além de possibilitarem a orientação do interesse sociológico às dimensões organizacionais do direito penal, passam a sinalizar o papel do conhecimento científico na modernidade tardia, que pôde dispensar a investigação das suas causas como meio de justificação, ou seja, socialmente passou a justificar-se não pelas suas causas, mas pelas suas consequências.

Este diálogo com os aportes sociológicos irá permitir cumprir o escopo deste estudo, qual seja, uma avaliação sobre a capacidade crítica do bem jurídico-penal na esfera ambiental, partindo-se de uma real compreensão da realidade social, vez que o bem jurídico não pode perder sua materialidade, isto é, se desvincular de suas concretas formas de manifestação, devendo ser concebidos como chances ou oportunidades de participação social, assumindo, portanto, um conteúdo crítico-comunicativo, o que possibilita uma concreta e racional limitação às incriminações destinadas a proteger o ambiente.

No capítulo 3, estudar-se-ão as principais linhas teóricas tendentes a conferir (i) legitimidade a proteção do ambiente enquanto bem jurídico-penal, avaliando os seus pressupostos metodológicos e em que medida cada uma delas pode reforçar ou desprestigiar a função crítica exercida pelo bem jurídico na seara do direito penal ambiental, sobretudo no contexto de um Estado Democrático de Direito.

E por fim, no capítulo 4, busca-se empreender algumas premissas metodológicas capazes de clarificar uma diretriz acerca do conteúdo dos bens jurídicos ambientais, capaz de conferir limite à proteção penal neste campo, apontado-a necessariamente em um marco amplificado, a partir de um diálogo com a dogmática do direito ambiental. Pretende-se afunilar a problemática em umas das celeumas mais instigantes no atual cenário jurídico-penal, isto é, a polêmica existente em relação à necessidade de um ponto de equilíbrio entre o normativismo e o ontologismo, cujos reflexos certamente afetam as bases históricas e hodiernas da teoria do bem jurídico.

Demais disso, será possível entrever se os limites conceituais e materiais do bem jurídico são suficientes a conferir legitimidade às incriminações ambientais, ou são

necessários outros critérios dogmáticos e político-criminais. Essa análise certamente poderá contribuir no processo de racionalização, interpretação e aplicação dos tipos penais ou categorias dogmáticas no bojo da Lei Brasileira de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98).

Diversos poderiam ser os caminhos a serem trilhados, especialmente quando se enfrenta um tema complexo como a legitimidade das incriminações supraindividuais. Entrementes, a teoria do bem jurídico, enquanto pedra fundamental nas discussões sobre a legitimidade do sistema penal, merece um apanhado específico, dada a gama de abordagens a ela correlatas. Espera-se, pois, que este trabalho, longe de marcar um desfecho aos estudos atinentes aos bens jurídicos supraindividuais, possa oferecer apenas subsídios para uma necessária e constante reflexão sobre o papel da teoria do bem jurídico-penal enquanto critério de legitimidade do direito penal, mormente em face dos desafios impostos pelo mundo moderno.

CAPÍTULO I

DA TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL: ELEMENTOS HISTÓRICOS E A CRISE CONTEMPORÂNEA

1.1 Notas preliminares

A descrição histórica da teoria do bem jurídico em direito penal já foi realizada por diversos autores estrangeiros e brasileiros.¹ Parte-se comumente da necessidade de recuperar sua origem, em tempos iluministas, atravessando o século XIX e XX, por diversos caminhos teóricos, chegando, contudo, à contemporaneidade sem sucesso na sua formulação.

Através de uma breve síntese evolutiva da teoria, será possível notar que a caracterização do delito como lesão a um objeto protegido já satisfazia, ao final do século XIX, interesses sistemáticos, interpretativos e político-jurídicos da doutrina, permitindo que transformasse o bem jurídico numa pedra angular da dogmática do direito penal.² Convém, então, concentrar-se num exercício analítico das diversas posturas científicas em torno do seu conceito, levando-se em conta o contexto histórico e sociopolítico de cada fase até o debate atual para, em seguida, concentrar a análise na verificação de legitimidade das incriminações, principalmente as destinadas a proteger os bens jurídicos “pós-

¹ Na doutrina nacional, vide, por exemplo, COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 31 e ss; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: RT, 2004, p. 42 e ss; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 59 e ss; REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 23 e ss; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 36 e ss; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 83 e ss.

² AMELUNG, Knut. *El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 246. Vide recente tradução brasileira, AMELUNG, Knut. *O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 138.

modernos”, por serem vagos, de difícil individualização, como é o caso, particularmente, dos bens jurídicos ambientais.³

Estabelecendo essa visão cronológica, será possível visualizar, a partir das mudanças sociais, a aparição de determinadas disfunções técnicas originadas pelo fenômeno da expansão das novas formas de tutela, tendentes a lograr a máxima eficácia no controle dos novos processos de risco e de problemas sociais complexos, com todas as implicações jurídico-políticas evidenciadas nos capítulos que seguem, especialmente no que se refere às problemáticas em torno do bem jurídico ambiental. Do ponto de vista do bem jurídico, essas disfunções significam uma dissolução do seu conceito, ao distanciar-se da proteção de interesses humanos concretos para a proteção de “*unidades funcionais de valor*”, inviabilizando qualquer crítica a tipos penais, dada a sua excessiva amplitude.⁴

Os bens jurídicos são consequências do desenvolvimento histórico social, considerando que é a própria realidade social que preenche seu conteúdo. Com base no princípio da legalidade, os preceitos penais são resultados de um processo legislativo, mas a determinação do bem jurídico corresponde sempre à base social, que transmite sua decisão às instâncias políticas, devendo estas apenas formalmente materializá-la.⁵

Nesse sentido, o delito não é um ente ontológico, mas uma criação artificial, resultante de um processo comunicativo de definição, no qual intervêm diferentes fatores sociais, de modo que a valoração sobre a intolerância a determinadas condutas pode sofrer variações conforme momentos históricos distintos, a partir da inter-relação de grupos sociais num contexto pluralista. Desse modo, uma análise histórica contribuirá na tentativa de analisar as propostas atuais de reformulação do conceito de bem jurídico, ao demonstrar a sua adaptação aos vários segmentos da evolução da política criminal e do pensamento jurídico em geral.⁶

³ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 38.

⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 5.

⁵ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 142 e ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1994, p. 37.

⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 83-84; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 185. Sobre a historicidade dos bens jurídicos e a contínua mutação dos ordenamentos penais, FARIA COSTA complementa que a noção de bem jurídico trouxe à dogmática penal a possibilidade de se compreender mais clara e profundamente o que mudava e o que pertencia, do mesmo modo que as transformações ético-sociais

1.2 Síntese histórica da teoria do bem jurídico-penal

1.2.1 A ideia de bem jurídico no Iluminismo

O período *moderno*⁷ da administração da justiça penal teve início com o Iluminismo, momento em que surgem, a partir de bases racionais, questionamentos sobre o sentido e o fim do direito penal, de modo que a filosofia humanista passa a determinar a sua secularização, o triunfo da pena privativa de liberdade, a separação de direito e religião, a limitação do poder punitivo pela teoria do contrato social, desembocando no desenvolvimento do princípio da legalidade.⁸

No fim do século XVIII e começo do XIX, com as transformações verificadas nos sistemas penais e com a reelaboração teórica das leis, o espetáculo da punição foi se extinguindo. Até então, o *suplício* tinha uma função jurídico-política, pois traduzia um cerimonial para reconstituir a soberania lesada, sendo defendido pelos juristas do século XVIII, ao darem uma interpretação restritiva e modernista da crueldade física das penas, devendo servir como exemplo a ser inscrito profundamente no coração dos homens.⁹

Contudo, a esplêndida literatura jurídico-política surgida no Iluminismo, composta, por exemplo, por autores como MONTESQUIEU, VOLTAIRE, ROUSSEAU, BECCARIA, BENTHAM e BRISSOT, passa a defender, principalmente através dos três últimos autores,

se refletiam indiscutivelmente no próprio sentido material dos ordenamentos penais, FARIA COSTA, José. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 186.

⁷ O direito penal da Ilustração pode ser concebido como direito penal moderno, visto que propôs uma ruptura com o Antigo Regime em todos os aspectos fundamentais. Os novos princípios político-criminais foram a concreção do ideário político derivado das doutrinas da secularização do Estado, desenvolvidas durante o século XVII pelo Direito Natural racionalista, especialmente por GROCIO, HOBBS e PUFENDORF, que propugnavam pela liberação do Estado de ideias vinculadas à fundamentação teleológica e teocrática, possibilitando que o delito fosse compreendido não mais como pecado e como lesão da vontade divina, ao revés, o delito passara a ser concebido como algo socialmente danoso. Contudo, de acordo com os debates atuais, a qualidade de “moderno” não designa mais ao direito penal da ilustração, sendo entendido agora como “clássico” ou “liberal”, em clara contraposição aos movimentos penais atuais, que consubstanciam um processo de modernização do direito penal, vinculado a um Estado Social e Democrático de Direito, GRACIA MARTÍN, Luis. *La modernización del derecho penal como exigência de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)*, RDPC, 3ª Época, n. 3, 2010, p. 28 e ss.

⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4ª ed. Trad. José Luis Manzaneres Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 85; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. V. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 65.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. de Raquel Ramalhete. 37ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 49.

que a infração é a ruptura com a lei civil explicitamente estabelecida no interior da sociedade pelo lado legislativo do poder político.¹⁰ O criminoso, portanto, seria aquele que perturbasse a sociedade, não podendo a lei penal prescrever uma vingança e, sim, impedir que o réu causasse novos danos aos seus concidadãos, impondo-se a seleção das penas e os modos de aplicação, conservadas as proporções, causando uma impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens e a menos tormentosa no corpo do réu.¹¹

Nesse sentido, o iluminismo penal, ou o direito penal liberal, evocou com exatidão integral o contexto sociopolítico da época, de maneira que sua adequação e validade estiveram condicionadas ao modelo de Estado que o sustentava, concentrando-se na proteção das condições básicas de subsistência da sociedade. Todavia, inobstante o reconhecimento da validade do iluminismo penal, não se pode ignorar a sua ambiguidade, suas insuficiências e seus limites, sobretudo à luz de um iluminismo considerado como corrente filosófica mais geral, como por exemplo, a concepção mecanicista da atividade interpretativa; a mera aplicação de penas fixas, sem adaptá-las ao caso concreto; a rígida graduação das penas, com base exclusivamente na gravidade da lesão ao bem jurídico, com a consequente e completa perda de importância das modalidades da ação e da personalidade do condenado.¹²

Apesar dos limites do pensamento penal iluminista, é possível verificar já naquele período, a pré-história da formulação da teoria do bem jurídico, a partir das preliminares da delimitação do seu conceito, principalmente através da fundamentação da pena, que já naquela fase residia na valoração de uma prévia lesão jurídica.¹³ Na Alemanha, o Iluminismo influenciou autores como SAMUEL PUFENDORF e CHRISTIAN WOLFF através,

¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4ª ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 85; FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009, p. 80; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000, p. 330. MONTESQUIEU e VOLTAIRE, por exemplo, defendiam, respectivamente, a retribuição justa como ponto de partida para um direito penal humano, através da conexão da pena com seus fins utilitários, e a pena proporcional a culpabilidade, apud MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. V. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 92.

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5ª ed. rev. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2011, p. 56. No contexto alemão, HOMMEL contribuiu para essas críticas, cujas ideias iluministas consubstanciaram a tese de que não se trata de censura moral a uma conduta, mas apenas a da sua qualidade de fator perturbador da ordem pacífica externa, apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 86.

¹² GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 721-722; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal*. Parte general. Traducción Luis Fernando Niño. Bogotá: Temis Ed., 2006, p. 7.

¹³ POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 330.

respectivamente, da teoria jusnaturalista da liberdade de imputação e de uma melhor sistematização do direito natural, culminando, na primeira metade do século XIX, na inovadora obra de FEUERBACH, considerado o criador da moderna dogmática jurídico-penal, principalmente por sua influência no projeto do Código Penal da Baviera de 1813.

1.2.2 Feuerbach e a proteção de direitos subjetivos

Caracterizado por uma estrutura lógica, uma técnica conceitual rigorosa, uma descrição precisa dos tipos e pela busca de um estrito respeito aos princípios do Estado de Direito, ao realçar a posição do ser humano no ordenamento (o que justificou a sistematização dos delitos contras as pessoas, em detrimento das condutas contra a religião e a moral, que passaram a ser previstas em leis especiais na esfera do direito administrativo e de polícia), o Código Penal da Baviera de 1813 tornou-se o modelo mais importante de legislação penal do século XIX.¹⁴

FEUERBACH utiliza o substrato teórico do Iluminismo na construção de uma nova dogmática penal, cotejando os escritos de KANT, HOBBS e LOCKE, para afirmar que, na realidade, mesmo no estado de natureza que antecede o contrato social já existiam *direitos subjetivos*, questionando a obediência incondicional dos súditos ao poder soberano.¹⁵ Sustentou-se a existência de direitos independentes do exercício de qualquer ato de

¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4ª ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 85; MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. V. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 67; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 239; HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 15-16.

¹⁵ Nesse sentido, vide recente tradução castelhana FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, *passim*. A obediência incondicional dos súditos em face do poder soberano, questionada por FEUERBACH, fica clara em HOBBS, quando afirma que as liberdades dos súditos estão apenas naquelas coisas que ao regular suas ações, o soberano permitiu, tais como, a liberdade para comprar e vender, realizar contratos mútuos, de escolher a sua residência, a sua alimentação, a sua profissão, de instruir seus filhos conforme achar melhor, não podendo concluir, contudo, que com essa liberdade fica abolido ou limitado o poder soberano de vida e de morte, pois nada que o soberano faça ao súdito pode, sob qualquer pretexto, ser propriamente chamado injustiça ou injúria, HOBBS, Thomas. *Leviatã. Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Estudos gerais. Série universitária. Clássicos de Filosofia. São Paulo: Imprensa nacional-Casa da Moeda, 1999, p. 177. Por outro lado, LOCKE sustenta que as pessoas são *livres* por direito natural e que os príncipes estão sujeitos às leis de Deus e da natureza, de modo que ninguém, nenhum poder, pode isentá-los das obrigações dessa lei eterna, LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 556-557.

governo e do reconhecimento do Estado, inerentes ao indivíduo e assegurados pelas leis penais. Esses direitos seriam a base do conceito de *crime em sentido estrito*, sendo o objetivo geral das leis penais, quer as cominações protetoras dos direitos dos súbitos, quer os direitos correspondentes ao Estado (pessoa moral), surgindo a classificação entre *crimes públicos* (quando são ofendidos direitos do Estado) e *crimes privados* (quando são ofendidos direitos privados).¹⁶

Desse modo, em vez de uma violação de dever para com o Estado, sancionada criminalmente, o delito é concebido por FEUERBACH como uma lesão ao direito individual do ofendido de exercer sua própria liberdade em face da ação de outrem, pressupondo um estado de igualdade de direitos de liberdade entre o seu autor e a vítima, igualdade esta que seria quebrada com a execução do delito, de modo que uma das partes envolvidas no conflito não mais a pudesse exercer.¹⁷ Assim, não seria suficiente que a conduta fosse contrária a norma jurídica, ou que não fosse autorizada pelo direito, sendo necessária que fosse contrária a um direito subjetivo alheio.¹⁸

As ideias de FEUERBACH tiveram ressonância na Itália, através dos postulados de CARMIGNANI e CARRARA, membros da “escola toscana” de direito penal, ao sustentarem que o delito acarreta violação do direito atacado, pertença este ao indivíduo ou a vários, ou a todos os membros da sociedade, ou ainda a própria coletividade social considerada como pessoa autônoma quando restarem violados direitos, cujos efeitos afetem a sociedade,¹⁹ e também em França, pelo escólio de PELLEGRINO ROSSI, quem, entre outros autores, defendia o delito como uma *violação de um dever exigido para a sociedade ou para os indivíduos*, admitindo, implicitamente, a concepção do delito como *lesão de um direito subjetivo* do indivíduo ou da sociedade.²⁰

De se ver que os *direitos subjetivos* como novos objetos de determinação do conteúdo do delito tiveram um claro conteúdo liberal, manifestado, segundo PETER SINA, no aspecto sistemático funcional, por ser uma barreira à arbitrariedade e à indeterminação,

¹⁶ FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55 e ss.

¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 183.

¹⁸ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Buenos Aires: Jose Faria Ed., 2001, p. 29 e ss.

¹⁹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Parte geral. V. 1. Trad. de José Luiz de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 102; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 8ª ed. Rev. Atual. V. 1. São Paulo: RT, 2009, p. 240-241; ROCCO, op. cit., p. 33 e ss.

²⁰ Apud ROCCO, op. cit., p. 37-38.

e no aspecto concreto-imanente, por consubstanciar uma proteção penal com fundamento na *antitotalitária* teoria do contrato social, permitindo a proteção de direito dos indivíduos a uma esfera concreta da liberdade pessoal.²¹ Subordinou-se, portanto, o conceito de delito a um princípio material, isto é, a preservação da liberdade individual, independente dos propósitos políticos do Estado, garantindo a possibilidade de se ver no delito uma própria lesão de bens materiais, ao estabelecer um fator de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal na configuração de tipos penais.²²

Eis a principal contribuição político-científica da concepção feuerbachiana do delito, através da qual a pena torna-se uma consequência jurídica voltada a necessidade de conservação dos direitos subjetivos, cumprindo, portanto, uma função limitadora da intervenção jurídico-penal, inobstante as críticas que surgiram contra ela. Em linhas gerais, a tese de FEUERBACH tornou-se insuficiente, pois a ideia de lesão a um direito subjetivo não legitimava, por exemplo, os delitos em sentido amplo, como as meras infrações de polícia (*Polizeivergehen*). Tais ações, ao violarem o direito à obediência do Estado, não afetavam direitos subjetivos, e sim, ações imorais ou formalmente antijurídicas ao grupo das lesões ao direito, tais como os delitos contra o sentimento religioso e os bons costumes.²³

Além do mais, o sistema penal sedimentado pelas teorias liberais passa a gerar sérias contradições, pois a mesma doutrina liberal que assegura as liberdades individuais é a mesma que legitima o uso da força pelo Estado para garanti-las. Embora o liberalismo tenha significado um salto qualitativo na história da humanidade, estabelecendo limites materiais ao poder, acabou por inviabilizar a proteção à liberdade originária (no estado de natureza) do homem quando colocada em relação com o marco social concreto. A identificação do objeto jurídico protegido pelo direito penal com o conceito *jusprivatista* dos “direitos subjetivos” era a exaltação da liberdade individual sobre a qual se construiu o modelo econômico liberal de mercado.²⁴

O período da Restauração, etapa histórica seguinte aos movimentos iluministas, em que a burguesia de revolucionária passa a ser conservadora, ao pleitear hegemonia política,

²¹ Apud HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 17-18; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 87.

²² TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 183.

²³ BECHARA, op. cit., p. 88.

²⁴ HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 18 e ss.

econômica e social, buscando sua consolidação no poder, reorientou consideravelmente o pensamento jurídico, pois a concepção da ciência do direito como um todo já não mais se vinculava ao direito natural, ao revés, transformava-se em uma ciência especulativa, com um cunho construtivo-formal. Considerando essa nova orientação metodológica, a tese de FEUERBACH, que destacava a existência de uma lesão de um direito como necessário ao elemento do delito, era válida somente em alguns casos, não podendo pertencer à concepção de delito.²⁵

As novas condições histórico-sociais exigiam a intervenção do direito penal em outros âmbitos, permitindo que novos autores começassem a expressar ideias filosóficas como as de HEGEL, na tentativa de construir uma insurreição consciente e contra a vontade geral, o que justificaria a incriminação de condutas, as quais até então não eram compreendidas como potencialmente lesivas a direitos subjetivos. É nesse contexto que surge BIRNBAUM, que em 1834 publica uma obra que delimitaria a categoria do conceito substancial de bem jurídico, sendo incorporado para sempre no sistema da dogmática penal.²⁶

1.2.3 Birnbaum e a fundamentação da teoria do bem jurídico

A tese de BIRNBAUM encontra-se numa chave transcendental, sob um ponto de vista jusnaturalista, ao sustentar que o Estado protegia determinados objetos que surgiam da natureza das coisas, como a vida, a honra, a saúde etc., reconhecendo à coletividade o direito a exigir de cada cidadão em particular que, em nome do interesse conjunto, se abstivesse de realizar, por exemplo, certas ações irreligiosas ou imorais, por ofender o sentimento moral e religioso de um povo.²⁷

Nesse sentido, BIRNBAUM baseia-se no jusfilósofo ZACHARIÄ para afirmar que “*sólo los bienes, no ya los derechos, deberían ser clasificados en innatos y adquiridos, que*

²⁵ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, passim.

²⁶ HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 26; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000, p. 331.

²⁷ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010, p. 49; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1994, p. 16.

los derechos en cuanto tales no son ni ingénitos ni derivados”, rechaçando, portanto, as expressões *perigo e lesão de direitos*, anteriormente defendidas por FEUERBACH, pois se quer considerar o delito como *lesão*, este conceito tem que referir-se naturalmente a lesão de um *bem*, não de um *direito*.²⁸

Seria da essência do poder do Estado a tarefa de garantir o desfrute de certos bens, advindos da natureza ou que são resultados do desenvolvimento social e da própria associação civil, podendo distinguir precisamente os delitos contra bens individuais e delitos contra bens coletivos, restando demonstrada a insuficiência do entendimento anterior, limitado na existência de direitos independentes do exercício de qualquer ato de governo e do reconhecimento do Estado e inerentes ao indivíduo.²⁹

TAVARES ressalva, todavia, que o sentido material do conceito de bem jurídico, que hoje é concebido como qualquer fundamento de incriminação, não havia sido despertado, propriamente, em BIRNBAUM. Este tinha o propósito de adequar a teoria jurídica do delito às normas do direito penal vigente, que conflitavam com a ideia da violação de direito subjetivo, sobretudo nos delitos contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade. Contudo, na medida em que os interesses comunitários ou religiosos fossem contemplados como espécies de bens jurídicos, ganhando clareza quanto à incriminação das respectivas condutas, perdia-se a vinculação dessa incriminação aos seus pressupostos de legitimidade, que estavam, de qualquer modo, presentes na estrutura idealizada por FEUERBACH.³⁰

Nota-se, portanto, que as discussões embrionárias acerca da necessidade da tutela de bens jurídicos coletivos remontam ao período histórico de BIRNBAUM, cuja concepção acabou por viabilizar a ampliação da tutela penal, antes injustificada sob o enfoque da lesão de direitos subjetivos, muito embora as questões particularmente ambientais, como aquelas que se pretende desenvolver no presente estudo, viessem aparecer apenas décadas depois. Frise-se que a distinção histórica entre bens jurídicos de titularidade individual e

²⁸ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010., p. 55 e ss.

²⁹ BIRNBAUM, op. cit., p. 58-59; NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 3 e ss; SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 206. Vide recente tradução brasileira SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 35.

³⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 184-185.

bens jurídicos de titularidade coletiva está marcada por diferentes oscilações, em consonância com as valorações sociais sobre problemas jurídicos específicos e o próprio funcionamento do sistema social.³¹

A principal crítica direcionada a BIRNBAUM é feita por autores como AMELUNG,³² MIR PUIG e HORMAZABAL MALARÉE, segundo a qual o autor teria chegado a uma extensão do poder de coação do Estado, inviabilizando a imposição de limites ao direito penal, ao prever a proteção da moralidade.³³ Ao buscar um “*conceito jurídico natural de crime*” ou o “*conceito de delito natural*”, entendido como “*tudo aquilo que, segundo a natureza do direito penal pode ser racionalmente considerado punível na sociedade civil*”,³⁴ a concepção de BIRNBAUM estaria longe de ser um postulado liberal crítico.

Por outro lado, autores como SCHÜNEMANN,³⁵ BUSTOS RAMÍREZ e ALCÁCER GUIRAO³⁶ defendem que BIRNBAUM, na realidade, operou uma espécie correção de rumo na teoria do bem jurídico, preocupando-se com o caráter liberal da intervenção penal, pois a mudança de terminologia por ele efetuada importou em uma transformação substancial na intervenção penal, afastando-se de um debate exclusivamente ligado aos direitos individuais reconhecidos para determinar os objetos essenciais relacionados ao homem, o

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes colectivos*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986, p. 158 e ss; SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 39; MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 11; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 62.

³² AMELUNG, Knut. *O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124 e ss.

³³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 92; SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 206.

³⁴ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010, p. 39.

³⁵ SCHÜNEMANN demonstra que mesmo os antecessores de BIRNBAUM, como BECCARIA, KANT e FEUERBACH não manusearam um conceito limitador do direito penal, SCHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32 e ss.

³⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 120.

que permitiu uma posição concreta, inclusive quanto à diferenciação entre lesão e perigo; consumação e tentativa; e bens individuais e coletivos.³⁷

1.2.4 O positivismo de Binding e Von Liszt

Inobstante o reconhecimento de BIRNBAUM acerca dos *bens* e não *direitos subjetivos* a serem considerados como objetos de tutela penal, somada a tentativa inovadora em estabelecer os bens coletivos, ainda que concentrada apenas no conjunto de ideias religiosas e morais, a denominação *bem jurídico* surgiu apenas com BINDING e sua *teoria das normas*,³⁸ a partir de um racionalismo centrado exclusivamente no direito positivo, livre de toda consideração filosófica ou metajurídica, de modo que o injusto representava a infração dos preceitos legais mediante a respectiva realização de condutas positivas de ação ou de atitudes omissivas de desobediência ao mandado legal.³⁹

Tratava-se de um racionalismo despojado de toda capacidade crítica, o qual conservava única e exclusivamente o dogma hegeliano da racionalidade inquestionável da lei, permitindo que o bem jurídico fosse imanente à norma, isto é, cada norma determinaria totalmente o bem jurídico, sendo este reduzido a um simples problema interpretativo, conforme o critério teleológico do legislador.⁴⁰ O bem jurídico seria tudo aquilo que, do ponto de vista do legislador, é importante para a ordem jurídica, tendo como ponto de partida a realidade existencial, de modo que as exigências lógicas passam a condicionar a valoração jurídica.⁴¹

³⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 94.

³⁸ BINDING desenvolve sua teoria em obra específica, no original em alemão, BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und ihre Arten des Delikts*. Leipzig: Weidmann, 1922.

³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000, p. 332 e ss.

⁴⁰ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 38; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1994, p. 16 e ss; NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 9-10.

⁴¹ ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Buenos Aires: Jose Faria Ed., 2001, p. 101; POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 332; BECHARA, op. cit., p. 96-97.

HORMAZABAL MALARÉE escreve que esta postura teórica está inserida no contexto em que o Estado alemão, no último terço do século XIX, precisava se fortalecer para se aproximar do resto dos países da Europa ocidental, período de proeminência das contradições econômicas, com nítidos reflexos nas relações sociais. Sendo um país desmembrado em numerosos Estados, a burguesia, ao invés de necessitar de uma ideologia política liberal para legitimar um novo modelo econômico social, necessitou de um poder estatal forte e autoritário, que a auxiliasse na consecução de seus fins econômicos.⁴² Em decorrência desse poder, reconheceu-se ao Estado a titularidade de direitos subjetivos próprios, vale dizer, direitos subjetivos públicos, de exigir obediência. O direito penal devia, então, proteger objetos do mundo exterior, coisas e valores concretos, ou seja, *bens jurídicos*, e não mais meras condutas perturbadoras das condições da vida em comum, devendo o legislador arbitrariamente fixá-los.⁴³

O grande mérito de BINDING foi, portanto, elaborar uma teoria penal coerente e funcional com o sistema político da Alemanha do Segundo Império, ao superar os inconvenientes da doutrina dos princípios iluministas e do liberalismo primitivo e reduzir o conteúdo político das normas, a partir de um estrito formalismo jurídico.⁴⁴ Nesse período, o positivismo jurídico manifesta-se na ciência penal alemã, negando a licitude de introduzir juízos de valor ou referências à realidade metajurídica no estudo dogmático, permitindo que o Código de 1871 encarnasse as convicções penais da filosofia liberal, tornando-se o principal instrumento de vinculação do juiz.⁴⁵

O positivismo, nesse período, produto da conversão das ciências experimentais em uma justificação filosófica, consubstanciou a separação entre *ser* e *dever-ser*, configurando-se o direito a partir das normas positivadas, independente se retratassem um

⁴² HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 33 e ss. Nesse sentido, a burguesia alemã necessitou de um poder estatal forte e autoritário que pudesse, além de cumprir as finalidades econômicas, protagonizar as mudanças que eram necessárias para aproximar a Alemanha de outros países da Europa ocidental, conferindo-lhe, portanto, unidade política, sendo este outro fator que colaboraria para o fortalecimento do positivismo como método jurídico, HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 35; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002, p. 190; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 101.

⁴³ HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 36. Convém registrar, que o substrato teórico desenvolvido pelo positivismo foi amplamente utilizado por teóricos do Terceiro Reich na Alemanha, considerando-o ao pé da letra até as últimas consequências, de modo que as terríveis experiências do nazismo encontram respaldo na dogmática penal alemã daquele período, WELZEL, Hans. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F Ed., 2006, p. 178.

⁴⁴ HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 45.

⁴⁵ MIR PUIG, op. cit., p. 188 e ss.

conteúdo moral, pelo qual pudessem ser avaliadas como corretas ou incorretas.⁴⁶ Nesse aspecto, o positivismo jurídico converte-se em normativismo formalista (método positivista-normativista), ao buscar a ligação lógico-formal entre os conceitos jurídico-positivos, encontrando na obra de BINDING a sua melhor forma de expressão.

Portanto, além de reflexos na teoria da pena e na concepção sobre o *ius puniendi*,⁴⁷ o pensamento de BINDING, ao conceber o delito como uma lesão ao direito subjetivo do Estado e diante da necessidade de se buscar um elemento material que fosse capaz de diferenciar as infrações administrativas dos delitos, classificaria os bens jurídicos, de forma pioneira, como tudo aquilo que em si mesmo não é um direito, mas para os olhos do legislador possui um valor como condição de vida saudável para a comunidade jurídica, cabendo ao Estado, através do legislador, protegê-los através de suas normas contra a lesão ou perigo de lesão, a qual se torna o núcleo oculto da desobediência ao direito.⁴⁸

Esse excessivo normativismo e a absoluta exclusão dos valores individuais, na medida em que todas as fases da incriminação permanecem em função das projeções políticas do Estado, traduzidas em normas penais, e o indivíduo torna-se um mero destinatário dessas normas, são relativizados pelo desenvolvimento teórico de VON LISZT, que logrou estabelecer um conceito material de delito, com uma nova proposta metodológica acerca da teoria do bem jurídico.

Com a publicação do chamado “*Programa de Marburgo*” ou Jovem Escola Alemã de Política Criminal, em 1882, VON LISZT, juntamente com teóricos como PRINS e VAN HAMEL, desenvolve uma importante corrente doutrinal, que embora calcada na mesma vertente positivista que embasara o pensamento de BINDING, revela o método empírico como ferramenta útil para a ciência penal, pretendendo ressaltar a necessidade para o criminalista de investigações sociológicas e antropológicas, tomando como tarefa comum a investigação científica do crime, de suas causas e dos meios para combatê-lo.⁴⁹ Era o

⁴⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 15.

⁴⁷ Sobre as características e o significado político do método positivista-normativista presente na obra de BINDING, com os impactos na dogmática penal, ver, detalhadamente, em MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002, p. 191 e ss.

⁴⁸ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 41; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 96.

⁴⁹ MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6ª ed. Ref. Atual. Ampl. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (Coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 195. Os principais postulados desta escola são, em síntese: a análise científica da realidade criminal, dirigida à busca das causas do crime, em lugar de uma contemplação filosófica ou jurídica deste, pois a ótica jurídica, dogmática, é complementar,

positivismo naturalista, cujos reflexos dogmáticos no âmbito penal podem ser percebidos até os tempos atuais.

Concorreram, principalmente, dois importantes fatores para o desenvolvimento do positivismo naturalista na Alemanha. Em primeiro lugar, os de ordem política, pois diante da crise do Estado liberal clássico, com o domínio da burguesia no cenário econômico e a aparição da classe proletária, percebeu-se que a “liberdade” almejada e alcançada através da Revolução Francesa era apenas formal e não substancial. Desse modo, demandou-se maior proteção estatal, no sentido de um intervencionismo mais ativo na vida social, que permitisse frear o poder econômico em benefício da classe marginalizada oriunda do industrialismo.⁵⁰

Em segundo lugar, o apogeu das ciências da natureza, como a revelada por DARWIN, passando o direito, assim, a ser permeado por métodos científico-naturais, principalmente através dos sérios trabalhos científicos desenvolvidos pela *Scuola Positiva* italiana, que marca a etapa científica da criminologia, ao transladar de um método científico (método abstrato e dedutivo dos clássicos, baseado no silogismo), para um método empírico-indutivo dos positivistas (baseado na observação dos fatos), determinando um salto qualitativo no tratamento do crime.⁵¹

Embora na Alemanha não se tenha observado uma substituição do objeto tradicional da dogmática jurídico-penal, qual seja, o direito positivo, por uma realidade empírica do delito, como se verificou através dos postulados da *Scuola Positiva* italiana, o naturalismo acabou por influenciar, ao menos, o estudo do direito positivo, influenciando sobremaneira o pensamento de VON LISZT. Acentua-se a ideia de que a referida escola não esgota o positivismo em criminologia, podendo ser considerada positivista toda investigação criminológica conduzida segundo a linha teórica e metodológica do

porém, não substitutiva da empírica; desdramatização e relativização do problema do livre arbítrio, o que conduz a um dualismo penal que compatibiliza as penas e as medidas de segurança, baseadas, respectivamente, na culpabilidade e na periculosidade; a defesa social apresenta-se como objetivo primário da função penal, embora acentua-se a importância da prevenção especial. Contudo, a ideia mais sugestiva do pensamento de VON LISZT reside no âmbito metodológico e no político criminal, ao sugerir uma ciência total ou totalizadora (“*gesamte Strafrechtswissenschaft*”), com a finalidade de obter e coordenar um conhecimento científico das causas do crime e combatê-lo eficazmente em sua própria raiz, MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6ª ed. Ref. Atual. Ampl. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (Coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 195-196.

⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002, p. 196-197.

⁵¹ MIR PUIG, op. cit., p. 197; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminológica*. 2ª Reimpr. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 11; MOLINA; GOMES, op. cit., p. 185.

positivismo, independentemente do conteúdo antropológico, psicológico ou sociológico das suas hipóteses.⁵²

TAVARES argumenta que a noção de bem jurídico variou, conforme as duas vertentes do positivismo, quer o positivismo normativista, quer o naturalista.⁵³ O bem jurídico pode se reduzir a um elemento da própria norma, seguindo a linha teórica desenvolvida por BINDING ou, numa visão organicista, a um *interesse juridicamente protegido*, tal como na proposta de VON LISZT.⁵⁴

VON LISZT tratou de classificar como bens jurídicos todos os interesses vitais do indivíduo ou da coletividade, resultantes das relações da vida entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado, incumbindo à ordem jurídica em separar quais os interesses estão ou não autorizados, a partir da conversão das situações da vida em situações de direito.⁵⁵ O Estado, para o autor, também deveria ser forte o suficiente para obrigar por meio da força a obediência de suas normas “*e tornar uma realidade, onde se fizer mister, a ligação lógica entre o facto e os seus efeitos jurídicos*”.⁵⁶

Não há dúvidas de que a expressão integral do positivismo jurídico se fez na Alemanha também através de VON LISZT, embora tenha abarcado outras ciências para lidar com o fenômeno criminal. Contudo, o pensamento de VON LISZT teve a pretensão de superar o formalismo de BINDING, ao retratar o bem jurídico como *interesse*,⁵⁷ rompendo com a barreira lógico-formal para construir um fundamento teleológico, em que o bem

⁵² FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE, op. cit., p. 12.

⁵³ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 187; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 95.

⁵⁴ VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal alemán*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguier Ed., 1899, p. 93.

⁵⁵ Ibid., p. 95 e ss.

⁵⁶ Ibid., p. 97. Contudo, deve-se registrar que a tese de VON LISZT, calcada no positivismo sociológico ou naturalista, é conduzida por uma via mais larga, pois para o autor o bem jurídico não seria apenas produto de uma decisão política, mas também a contravenção de um interesse do Estado ou dos indivíduos. O interesse é pré-existente ao conteúdo da norma e a esta cabe apenas acolhê-lo como seu objeto de proteção, em se tratando de uma condição vital da comunidade estatal. Diferentemente de BINDING, cuja tese era de que a legitimação do “*ius puniendi*” do Estado estava contida na própria autoridade da norma, que encerrava a proteção de um bem jurídico como produto de uma decisão política do Estado, de modo que sua lesão constituía uma infração ao direito subjetivo de obediência que o Estado podia exigir de seus súditos, HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 55 e ss; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 188.

⁵⁷ POLAINO NAVARRETE pondera criticamente sobre a teoria do interesse, chegando a afirmar que o bem jurídico é, de fato, um interesse legalmente protegido mediante a descrição de um tipo de delito, posto que, por princípio, se confere ao interesse um significado que abarca a todos os bens e valores objetos de garantia penal, POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000, p. 357.

jurídico passa a ser reflexo da realidade social, estando sujeito a permanente contingência de sua revisão crítica, a partir da interdependência entre a sociedade civil e a sociedade política. Nesse ponto, o bem jurídico estaria no limite entre o direito penal e outras ciências penais através da política criminal.⁵⁸

VON LISZT, seguindo a linha organicista, logra estabelecer um conceito de bem jurídico, a partir de um conteúdo material do delito a servir de fronteira limitadora da intervenção penal. A realidade social e não o legislador impunha os objetos merecedores de proteção, conferindo um sentido dinâmico aos elementos integrantes da fundamentação do ordenamento penal. Nesse sentido, o Estado conferiria maior intensidade na proteção dos interesses da coletividade, com maior consciência de seus objetivos e, principalmente, menos prejuízos ao indivíduo, de modo que se tornou necessária a fixação dos pressupostos, sob os quais o indivíduo sucumbe à coletividade, conferindo os limites da proteção jurídica. Essa é uma das bases fundamentais do entendimento do autor, que chegou a sustentar que o Código Penal é a Magna Carta do delinquente, pois o direito penal não protegeria a ordem jurídica, nem a coletividade, mas o indivíduo que se levanta contra ela.⁵⁹

Com VON LISZT, destaca-se também o papel imprescindível da política criminal na busca dos interesses que mereçam proteção penal, de maneira que o bem jurídico busca ir além do simples limite do legislador e avançar sobre o Estado Liberal de Direito para fundar a legitimidade da norma penal nas relações vitais, e não mais na individualidade. Nesse particular, “política” não era concebida no sentido político-ideológico, mas como política pautada pela ciência, entendida como estudo empírico das causas do delito e da pena.⁶⁰

Contudo, a principal crítica direcionada aos postulados de VON LISZT é que sua teoria do bem jurídico constituiu outra forma de legitimação do *ius puniendi*, na medida em que é o próprio Estado que expressa a síntese das condições de vida da sociedade e fixa o marco das relações sociais, singularizando os bens jurídicos merecedores de proteção. Nesse ponto, FERNÁNDEZ assevera que se tratou de um raciocínio circular, ou seja, o

⁵⁸ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, passim; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000, p. 335.

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002, p. 199; ROXIN, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 274.

⁶⁰ MIR PUIG, op. cit., p. 200.

direito penal estaria legitimado a proteger interesses que expressariam as condições necessárias da vida em comum, porém, esses interesses, ao ser objeto de proteção e, portanto, transformados em bens jurídicos, nada mais seriam do que o fruto de um juízo de valor do próprio Estado, o único instrumento de legitimação do direito penal.⁶¹

Ocorre que o positivismo jurídico que esteve como pano de fundo dos desenvolvimentos teóricos de BINDING e VON LISZT, traduzido em um instrumento ideológico do Estado na realização da revolução econômica, na transformação das relações de produção e na incorporação da Alemanha no modelo econômico da Europa Ocidental, passa a estar suscetível às reações quanto à sua “certeza científica”, a partir do ressurgimento do pensamento de KANT no âmbito jurídico.⁶² Era a introdução do *neokantismo* na metodologia jurídica, sob a influência de filósofos que também eram penalistas, como RADBRUCH e SAUER.⁶³ Somada à nova vertente filosófica, com o fim de Primeira Guerra Mundial, surgiu um novo modelo de Estado, perfilhado, na Alemanha, na Constituição de Weimar, que trouxe importantes reflexos na dogmática penal.

1.2.5 O conceito metodológico do neokantismo

A jovem República de Weimar, que emergia das cinzas do Império de Bismarck ao término da Primeira Guerra Mundial, distanciou-se do princípio monárquico para garantir a promulgação da Constituição de Weimar (1919), fundada na ideia de liberdade, ao reconhecer direitos econômicos e sociais dos cidadãos e recuperar os princípios iluministas

⁶¹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 22-23; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 100-101. Nesse aspecto, não havia qualquer justificativa da escolha, por parte do legislador, daquele e não de outros interesses como bem jurídicos, sendo-lhe indiferente, portanto, as razões da incriminação, TAVARES, Juarez. *Teoría do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 188.

⁶² HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 60-61.

⁶³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002, p. 207. A partir desse novo giro filosófico, o sistema jurídico penal até então desenvolvido passa por um profundo processo de transformação, culminando em um conceito neoclássico de delito, pois não se tratava de distanciamento fundamental frente às anteriores ideias sistemáticas, mas uma reforma importante e imanente ao sistema. No lugar de uma coerência formal de um pensamento jurídico encerrado em si mesmo se estrutura a partir do neokantismo um conceito de delito segundo fins perseguidos pelo direito penal (teoria teleológica do direito penal), a partir de um método próprio de compreensão e valoração, correspondente às Ciências do Espírito, com forte influência no processo de reestruturação da teoria do delito, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4ª ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 183 e ss; HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 62.

diante das desigualdades sociais acarretadas pelo processo de industrialização.⁶⁴ A Constituição de Weimar, ao contrário da Constituição Alemã de 1871, possuiu superioridade jurídica em relação à legislação ordinária, não se limitando a traçar obrigações aos cidadãos, porquanto possuía um catálogo de direitos fundamentais, traduzidos em meios juridicamente aptos para se requerer que o sistema da política adotasse programações decisórias.⁶⁵

Nesse período, a Ciência alemã do direito penal alcançou o seu ponto máximo, elevando às mais altas cotas de elaboração intelectual a estrutura dogmática da teoria do crime, a partir de um método próprio das ciências do espírito, sob influência de autores como RADBRUCH, MAYER, MEZGER, na linha da Escola Sul-Occidental alemã do neokantismo, cujos expoentes eram WINDELBAND, STAMMLER, RICKERT e LASK.⁶⁶

RADBRUCH e MAYER tratavam de situar o ideal jurídico concreto em uma relação de dependência com o estado cultural do momento, pois os fins e ideais surgidos de um estado cultural encontrariam justificação, de maneira que o decisivo para a valoração e o destino da filosofia do direito neokantiana estaria em uma “superestrutura ideal”,⁶⁷ o que levou MAYER, por exemplo, a sustentar que o legislador penal devia considerar as normas sociais na hora de decidir o que deve ser castigado, de modo que as normas jurídicas coincidisse com as normas de cultura dita pela sociedade, sendo estas “*prohibiciones y*

⁶⁴ Registra-se que a ideia de Estado de Direito surge no seio do jusnaturalismo e em coerência histórica com uma burguesia cujas razões não são compatíveis com qualquer legalidade, nem com uma excessiva legalidade, porém com uma legalidade destinada a garantir certos valores jurídico-políticos, que assegurassem o livre desenvolvimento da Burguesia. Nesse sentido, a Constituição de Weimar está inserida no contexto de mudanças profundas no chamado Estado de Direito liberal-burguês, através das quais aparecem críticas ao modelo até então em vigor, recuperando, para tanto, ideias iluministas diante das grandes contradições no sistema econômico-social, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66 e ss.

⁶⁵ MAIA, Paulo Sávio Peixoto. A “luta pelo método” na República de Weimar. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 51-58, abr./jun. 2010; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 110 e ss; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Política criminal e dogmática jurídico-penal na República de Weimar*. Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 17, n. 67, jul./set, 1996, p. 11-37.

⁶⁶ Enquanto para STAMMLER a ideia de direito é, nos termos de um formalismo metódico, o processo pelo qual se julga de uma maneira incondicionalmente igualitária, sendo uma forma pura de ordenação, as teorias jurídicas relativistas de RADBRUCH e MAYER, ambas em conexão com o neokantismo de WINDELBAND e RICKERT, tratavam de encontrar, novamente, um caminho com determinações axiológicas (de conteúdo), embora renunciando a absoluta validade desses conteúdos, o que os faz desembocar em uma espécie de “Direito natural de conteúdo variável”, WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 252-253.

⁶⁷ WELZEL, op. cit., p. 254-255.

mandatos através de los cuales una sociedad exige una conducta adecuada a sus intereses”.⁶⁸

De um lado, o ponto de partida para a construção dessa nova vertente metodológica estava na equiparação entre valor e fim e, conseqüentemente, na renúncia à busca de uma função garantista liberal do bem jurídico, ao centrar sua atenção basicamente no rendimento teleológico do conceito, isto é, na capacidade do bem jurídico em erigir-se como um critério de interpretação a partir do seu fim de proteção.⁶⁹ Nesse sentido, HONIG consumou o que ficou conhecido como um processo de “espiritualização” do conceito de bem jurídico, visto que os objetos de proteção não existiam como tais, sendo apenas produtos de um pensamento jurídico específico, dando margem, portanto, para que o Estado, através de uma fórmula sintética, pudesse livremente submeter determinadas condutas ao direito penal. Tratava-se de uma síntese categorial, com a qual o pensamento jurídico se esforçava para captar o sentido e fim das normas penais, consubstanciando, por conseqüência, uma desmaterialização do conceito de bem jurídico, que passava a ser guiado por uma acepção teleológico-finalista, assimilando-se uma abreviação do fim da norma.⁷⁰

Por outro lado, a filosofia de valores neokantiana se refletiria também em outra direção do tratamento do bem jurídico, distinta da teleológica. Partia-se do pressuposto de RICKERT, notável representante da Escola Sul-Occidental Alemã, desenvolvido depois por LASK, de que a ciência penal seria uma ciência de cultura, ao singularizar objetos do direito penal em uma expressão de cultura. Nesse contexto, WOLF, influenciado pelos postulados

⁶⁸ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Sergio Politoff Lifsschitz. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Ed., 2007, p. 55; MAYER, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Trad. José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 57 e ss; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002, p. 22 e ss. Nesse sentido, particularmente quanto ao conceito de bem jurídico, entendia MAYER que o conceito de VON LISZT, isto é, o bem jurídico como sendo um “*interesse jurídicamente protegido*” era equivocado, pois o bem jurídico seria algo que, segundo o parecer do ordenamento jurídico, resultaria valioso, sustentando que “*las infracciones jurídicas son ofensas de bienes o intereses que son creados por la vida y reconocidos por las normas jurídicas. La norma de cultura ordena al pueblo no ofender esos bienes o intereses; la norma jurídica ordena al juez subsanar o castigar la ofensa a los bienes jurídicos. La función del ordenamiento, pues, es solamente la de convertir bienes en bienes jurídicos y garantizar la tutela de éstos*”, MAYER, op. cit., p. 108

⁶⁹ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 63; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 25.

⁷⁰ HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 64; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 26; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000, p. 376 e ss.

de MAYER, chegou a anotar que a proteção da cultura social é o fim do direito e através da proteção jurídica é que se constituem os bens jurídicos.⁷¹

O processo de desmaterialização do bem jurídico culminou no causalismo valorativo de MEZGER, quem aderiu à mesma ideia valorativo-teleológica de HONIG, ao sustentar que o bem jurídico é uma figura ideológica, de *valoración objetiva*, evidenciando o seu valor para o indivíduo, como sendo seu portador direto, como também para a sociedade.⁷² Nesse sentido, o bem jurídico estaria destinado a circunscrever a função protetora de cada direito punível, consistindo em um meio extraordinariamente valioso e imprescindível para a interpretação correta da essência íntima dos preceitos de direito penal. Isso porque a Lei somente se converteria em direito se estivesse inserta ao mais alto valor de Justiça, considerado como valor espiritual e objeto de uma ciência universal do ser, sendo, em última instância, o fundamento de toda dogmática do direito penal.⁷³

A direção teleológica assumida pela teoria do bem jurídico a partir dos pressupostos neokantianos, na medida em que manteve ausente todo e qualquer conteúdo material para os ilícitos penais, não apresentou limitações ao direito penal, permanecendo, portanto, como fundamento teórico do Estado totalitário nacional-socialista na Alemanha. A Escola de Kiel, que postulava como instrumento metodológico os procedimentos intuitivos e sustentava uma visão do direito como expressão do sentimento do povo,⁷⁴ reunindo os penalistas simpáticos ao regime nacional-socialista, impugnou de forma contundente o

⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002, p. 216 e ss; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 26-27; HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, p. 64-65.

⁷² MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Parte General. Libro de estudio. Traducción de la 6ª edición Alemana de Conrado A. Finzi e Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina Ed., 1958, p. 155; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 28 e ss;

⁷³ MEZGER, op. cit., p. 159; MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 16.

⁷⁴ A justiça penal nacional-socialista restaurou a responsabilidade do indivíduo frente à comunidade popular, culminando, por exemplo, na Lei sobre os delinquentes habituais de 24 de novembro de 1933, que consagrou o reconhecimento das diversidades das determinantes da conduta humana, importando uma distinção no que se refere aos fins do direito penal, MEZGER, Edmund. *Retribución y defensa en el nuevo derecho penal alemán*. In: GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *La reforma penal nacional-socialista*. Madrid: Ediar, 2009, p. 47-48. Nesse sentido, fundado na teoria de HEGEL, o pensamento nacional-socialista procedeu a uma *eticização* do direito penal, desvalorando-se os comportamentos não em razão da ofensa a interesses fundamentais, mas, sim, da atitude materializada pelo agente de rebelião ou infidelidade em relação à ordem moral representada pela comunidade, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 295.

conceito liberal de bem jurídico, considerando-o um obstáculo totalmente inoperante para efeito de interpretação e aplicação do direito positivo naquele contexto.⁷⁵

O fim do período nacional-socialista, após a derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, implicou numa revisão do passado imediato, através de um ressurgimento da ética e da moral. O modelo neokantista perdeu respaldo político, sobretudo diante da promulgação da Lei Fundamental Alemã de 1949, que já previa em seu art. 20.1 que a República Federal Alemã se constituía em um Estado Federal Democrático e Social de Direito. Nesse marco político e ideológico, encontra-se o pensamento de WELZEL, cuja orientação dogmática apesar de iniciar-se na década de 30, passa, nesse cenário, a ganhar novos coloridos.

1.2.6 Welzel e a proteção de valores ético-sociais

Através de uma fundamentação ôntico-natural, WELZEL procura basear o sistema do ilícito, tratando de reconstruir o conceito de ação a partir das estruturas lógico-objetivas da realidade. Entendendo a ação como um exercício da atividade final, um acontecer “final” e não somente “causal”, o autor postula que a “finalidade” ou o caráter final da ação se baseia no fato do homem, graças ao seu saber causal, poder prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade. Nesse sentido, as normas jurídico-penais não poderiam dirigir-se a processos causais cegos, senão somente a ações, que teriam a capacidade de configurar finalmente o futuro, motivo que, para o finalismo, a ação torna-se um conceito fundamental na sistemática do delito, o elemento básico, a pedra angular, o conceito superior do sistema.⁷⁶

⁷⁵ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 32; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 109. No contexto nacional-socialista, o fundamental no delito não era representado pela violação de uma lei formal, e muito menos pela lesão de um bem jurídico, mas, sim, pela atitude ética do sujeito ante os valores comunitários, de modo que a teoria do bem jurídico restou esquecida em um primeiro momento, em razão da sua incompatibilidade com o caráter autoritário do Estado. Contudo, em um segundo momento, adotou-se a teoria, uma vez despida das vestes liberais e convertida em um instrumento político-criminal inócuo, BECHARA, op. cit., p. 111.

⁷⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11ª ed. (4ª ed castellana). Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile Ed., 1993, p. 39 e ss; CEZERO MIR, José. *Derecho penal*. Parte general. Obras Completas. Tomo I. Lima: Ara Ed., 2006, p. 394-395. KAUFMANN, Armin. *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal*. Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y

Verdadeiro crítico aos postulados neokantistas, WELZEL procura fundamentar sua tese na ideia de “natureza das coisas” (*Natur der Sache*), que assim como o pensamento de RADBRUCH, traduzia o ponto de dedução lógica entre o ser e o dever-ser,⁷⁷ uma realidade social plena de sentido, na qual o homem se encontra imerso.⁷⁸ Ao contrário do subjetivismo metodológico e ao relativismo valorativo do neokantismo, o finalismo é fundamentado no método fenomenológico, construído pela essência ontológica dos objetos, não os reduzindo a um mero processo causal, nem os formando mediante um modo puramente normativo, e sim, deduzindo-os a partir da realidade.⁷⁹

Essa perspectiva ética formulada por WELZEL significou uma revolução sistemática na teoria do delito, tendo impactos significativos inclusive na teoria do bem jurídico. A questão fundamental não estaria mais na violação de interesse ou de bens jurídicos, mas na violação dos deveres de sentido ou de consciência ético-social que possuía o sujeito.⁸⁰ Segundo WELZEL, toda ação humana, para o bem ou para o mal, estaria sujeita a aspectos valorativos diferentes, quer do ponto de vista do resultado que se origina, quer da atividade que se pratica, fazendo surgir a clássica distinção entre “desvalor do ato” e “desvalor do resultado”.⁸¹

Ciencias Penales, ano 4, n. 5 a 8, 1975, p. 159. MIR PUIG adverte, contudo, que o finalismo não é somente uma doutrina da ação, nem tampouco uma sistemática dos caracteres do delito. Na realidade é algo a mais: um reflexo na dogmática jurídico-penal de uma atitude epistemológica, MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faura Ed., 2002, p. 227.

⁷⁷ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile, p. 81 e ss; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 37. O finalismo de WELZEL é fortemente influenciado pela filosofia de RADBRUCH, cujos postulados deixam de ter traços positivistas para conceber o direito no âmbito da atitude referida ao valor. O direito, para este filósofo, passa a ser uma manifestação cultural, isto é, um fato relacionado a um valor, o que forma a essência da ciência do direito. Contudo, tal atitude valorativa não traduzia a última palavra sobre o direito, pois haveria a possibilidade de ancorar o direito não apenas no reino dos valores, mas na mais absoluta essência das coisas, RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 11-12.

⁷⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, S. A. Ed., 1986, p. 179. Tal conceito, segundo BUSTOS RAMÍREZ, compartilhando da crítica de STRATENWERTH, quanto a vagueza e falta de precisão do conceito, não logrou dar nenhuma unidade de critério com respeito a realidade social, ficando entregue à critério do jurista e variando de um a outro, BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., p. 179.

⁷⁹ HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*, *RBCCRIM*, n. 65, ano 15, mar-abr, 2007, p. 79; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 137.

⁸⁰ WELZEL caminha na mesma direção de VON LISZT, ao manter a ideia de que o bem jurídico deveria ser aquele bem vital da comunidade ou do indivíduo protegido juridicamente, considerando o seu significado social, mas distancia-se do autor ao afirmar seu caráter ético-social, despojado de natureza jurídico-positiva, concebendo-o como todo estado social desejável que o Direito queria proteger de lesões, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 35.

⁸¹ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11ª ed. (4ª ed castellana). Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile Ed., 1993, p. 1-2; HORMAZABAL MALAREE, op. cit., p. 83.

Para o finalismo de WELZEL, o desvalor do resultado possui um papel secundário, pois a base das proibições ou mandados seriam justamente os *valores do ato*, de modo que a proteção de bens jurídicos somente seria possível mediante a proteção desses valores. Ao privilegiar o conteúdo do desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado, o finalismo edificou um novo sistema de delito, estruturado sobre a teoria da ação final, de modo que a proteção de bens jurídicos concretos traduziu-se na simples missão de assegurar a observância dos valores da consciência jurídica, que constituía o aspecto mais sólido que sustentava o Estado e a sociedade.⁸²

Noutras palavras, para WELZEL, a proteção de bem jurídicos através do direito penal somente é possível de forma mediata, ou seja, ao castigar a efetiva inobservância dos valores da consciência jurídica, o direito penal estaria a proteger os bens jurídicos que se referem aos valores da ação, permitindo concluir que mais importante do que a tutela de bens jurídicos singulares é a missão de assegurar e garantir a vigência real dos valores da consciência jurídica.⁸³

Contudo, essa função ético-social do direito penal, embora tenha encontrado um ambiente favorável no pós-guerra na Alemanha, encontrou diversas críticas, pois em uma sociedade plural e democrática, o direito penal não poderia incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus esquemas de valores. Ao invés de limitar o direito penal, essa concepção favoreceria a ampliação das esferas de atuação do poder punitivo do Estado, muito além da estrita proteção de bens jurídicos. Assim, ainda que WELZEL tenha recuperado o bem jurídico às relações sociais, e tenha obtido o mérito de ter retomado o

⁸² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 114. Os valores relacionados ao atuar conforme o direito, arraigados na permanente consciência jurídica, constituíam um verdadeiro pano de fundo ético-social positivo para as normas jurídico-penais. Nesse sentido, o direito penal garantiria a real observância a esses valores, castigando a inobservância manifestada por ações desleais, de rebeldia, indignas e fraudulentas. Então, a missão do direito penal, na perspectiva finalista, residia em assegurar a vigência desses valores do ato, mediante a cominação de penas, WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11ª ed. (4ª ed castellana). Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile Ed., 1993, p. 2.

⁸³ Há críticas que recaem sobre o ontologismo defendido por WELZEL, pois, no que se refere ao merecimento de pena decorrente do desvalor de ação subjetivo, este não pode ser compreendido como uma consequência derivada de uma metodologia ontologicista assumida pelo finalismo, e sim, de um desvalor de uma instância axiológica valorativa. A derivação do merecimento de pena a partir do mero dado ontológico da essência final da ação consubstanciaria uma falácia naturalista, posto que seria deduzida de uma decisão normativa. Sendo assim, a afirmação de que a conduta proibida contraria a ética social é o conteúdo genérico do desvalor de toda norma, isto é, a prioridade desvalorativa da intenção manifestada frente ao resultado lesivo se deduz diretamente do fim que WELZEL atribui ao direito penal, consistente na manutenção dos valores ético-sociais do ato na consciência social, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Facticidad y normatividad en derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica*. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 1998/B, p. 391-392.

conteúdo material do delito, as novas correntes político-criminais do pós Segunda Guerra Mundial iriam reestruturar a posição do bem jurídico, a partir de propostas de revisão crítica do direito penal.⁸⁴

1.3 Concepções contemporâneas

1.3.1 A Constituição como critério axiológico de orientação

Até a metade do século XX, o Estado Legislativo de Direito, pautado pela afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido, refletia ainda os traços marcantes do positivismo jurídico-estatal, de feição formalista. Esse positivismo conferia até aquela época um poder ilimitado ao legislador para dispor sobre o direito, sob a crença de que a sociedade, isto é, a realidade do Estado constitucional, se deixava reger por regras ou normas jurídicas, de modo que as Constituições eram nomeadamente formalistas e fechadas, compostas por preceitos normativos que faziam coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição.⁸⁵

A etapa posterior a Segunda Guerra Mundial trouxe inúmeros influxos não apenas nos sistemas constitucionais, mas também na própria forma de pensar o direito, nas suas variadas formas de expressão, distanciando-se, portanto, de uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica. Na segunda metade do século passado, redefiniu-se o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas, aproximando-se das ideias de constitucionalismo e de democracia uma nova forma de organização política: o Estado Democrático de Direito, conhecido também como Estado Constitucional de Direito e Estado Constitucional Democrático. Com a superação dos regimes autoritários, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais

⁸⁴ MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 95-96; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 114.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 16; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171-172.

elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, como a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949, a Constituição da Itália de 1947, a Constituição de Portugal de 1976, da Espanha em 1978 e a do Brasil em 1988.⁸⁶

Sob o prisma filosófico, esse período de transição, na medida em que as novas Constituições promulgadas passam a acentuar a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, anunciou a caminhada teórica dos princípios gerais até a sua conversão em princípios constitucionais, culminando, já nas últimas décadas do século passado, na fase do *pós-positivismo*, que se encontra no ponto de confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo.⁸⁷

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo possibilitaram reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. Buscando ir além da legalidade estrita, muito embora não desprezando o direito posto, o *pós-positivismo* procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. Nesse contexto, a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, atribuindo normatividade aos princípios e definindo suas relações com valores e regras. Além do mais, esse novo paradigma reabilita a razão prática e a argumentação, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, reaproximando, portanto, o direito da filosofia.⁸⁸

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005, p. 3-4. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 1 nov. 2011; BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico, n. 15, jan.-mar, Salvador, 2007, p. 4. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional está associado ao ambiente reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. A Carta Cidadã foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito, BARROSO, op. cit., p. 4.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 264 e ss; BARROSO, op. cit., p. 5. Inúmeros autores sustentam a possibilidade de um positivismo constitucionalista, oferecendo, porém, diferentes interpretações, as quais pretendem demonstrar que as ferramentas teóricas empregadas pelo positivismo jurídico seguem sendo úteis e apropriadas no âmbito do Estado Constitucional de Direito, fazendo surgir diferentes denominações a esse novo modelo: positivismo crítico (FERRAJOLI); positivismo corrigido (PECES-BARBA); positivismo inclusivo (WALUCHOW); positivismo brando (HART); pós-positivismo (CALSAMIGLIA); positivismo sofisticado (SHINER) e incorporacionismo (COLEMAN), ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 245.

⁸⁸ BARROSO, op. cit., p. 6.

No que se refere ao processo de normatização de princípios, à luz de uma teoria de justiça, RAWLS foi considerado um dos principais autores em trazer elementos da ética e da filosofia política para análise da jurisprudência. O autor parte da premissa de que uma teoria da justiça é uma *teoria dos sentimentos morais*, evocando uma denominação do século XVII, que estabelece os princípios que controlam as nossas forças morais, ou, mais especificamente, o nosso senso de justiça.⁸⁹ A teoria da justiça para o autor é traduzida em vários princípios para indivíduos, bem como em princípios da justiça para instituições, os quais devem orientar a atribuição de direitos e deveres nas mais variadas instituições, entendidas como práticas sociais, como jogos e rituais, julgamentos e parlamentos, mercados e sistemas de propriedade.⁹⁰

Desse modo, diante da inevitável imprecisão das leis em geral e da ampla gama permitida para a sua interpretação, o que possibilitam uma arbitrariedade na tomada de decisões, RAWLS sustenta que apenas um senso de justiça pode combater ordenações injustas, pois o desejo de seguir as leis de forma imparcial e consistente, de tratar casos similares de forma semelhante e de aceitar as consequências da aplicação de normas públicas, está intimamente ligado ao desejo de reconhecer os direitos e liberdades dos outros e de compartilhar de forma justa os benefícios e os encargos da cooperação social.⁹¹

DWORKIN, nessa perspectiva, trouxe também reflexões sobre uma teoria do direito, atacando expressamente o positivismo, ao concebê-lo como um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são necessariamente regras.⁹² Embora o autor utilize o termo princípio de forma genérica, para indicar todo um conjunto de padrões que não são regras, chega a defini-lo, especificamente, como uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.⁹³

Na mesma chave metodológica, reaproximando o direito da moral, ALEXY sustenta que os princípios do direito positivo têm um conteúdo que, moralmente, é exigido, ou, ao menos, admitido. Tomando como exemplos os seis princípios básicos da Lei Fundamental

⁸⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54.

⁹⁰ Ibid., p. 57-58.

⁹¹ Ibid., p. 63.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010, p. 35-36.

⁹³ Ibid., p. 36.

alemã, isto é, o da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do estado de direito, da democracia e do estado social, e partindo da premissa que princípios são *mandados de otimização*,⁹⁴ o autor afirma que os princípios exigem sempre a sua mais ampla realização possível, estando o juiz juridicamente vinculado uma otimização ao caso concreto, ou seja, deve sempre dar uma resposta a uma questão jurídica, que, por seu conteúdo, também é uma questão de moral política.⁹⁵

Essa nova guinada axiológica encontra na dignidade humana um eixo argumentativo fundamental, visto que os direitos fundamentais passam a empreender um sistema objetivo de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social.⁹⁶ A centralização do conceito se deve, principalmente, pela necessidade de uma reconstrução moral a partir das Cartas Políticas dos mais diversos países, permitindo que ele fosse definitivamente incorporado no discurso político.⁹⁷ Outro fator que possibilitou a dignidade humana a permanecer como discurso político e legal foi a já mencionada reaproximação entre direito e moral, característica do modelo *pós-positivista*, permitindo que o seu conceito renovasse

⁹⁴ Ao definir *princípios* como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, o autor classifica-os como *mandados de otimização*, podendo se satisfeitos em graus variados, de modo que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, ao contrário das *regras*, que são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas, contendo sempre *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90-91; ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 85.

⁹⁵ ALEXY, op. cit., p. 93. Nesse aspecto, com a conexão necessária entre direito e moral, um importante pressuposto *pós-positivista* para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais de ALEXY, compreende-se que a Lei Fundamental incorporou os princípios fundamentais do direito natural e racional moderno e, por conseguinte, da moderna moral do direito e do Estado como princípios do direito positivo, ALEXY, op. cit., p. 86.

⁹⁶ Vale ressaltar que a partir dos anos 50 do século passado, as decisões do Tribunal Constitucional alemão passam a desenvolver a teoria dos direitos fundamentais, estabelecendo uma hierarquia valores, no âmbito do qual um “sopesamento” se fez necessário, como a decisão do caso Lüth, *BVerfGE* 7, ALEXY, op. cit., p. 154-155. Nas precisas palavras de BONAVIDES, o constitucionalismo do século XX corou os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade, estabelecendo o primado homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 602.

⁹⁷ No plano do direito internacional, essa alteração paradigmática verificada nos modelos políticos do Pós-Guerra parece ser mais evidente. A necessidade da reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloquente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional, certamente modificou o conteúdo das Constituições do século XX, com destaque para as que foram elaboradas após o fim da Segunda Guerra Mundial, que diferentemente das Constituições-garantia dos séculos XVIII e XIX, passam ser concebidas como Constituições-programáticas de ânimo dirigente, contendo normas definidoras de programas de ação e de linhas de orientação. Nesse contexto, os princípios gerais passam a ter uma função de expansão não apenas lógica, mas axiológica do direito, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 110; LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri-SP: Manole, 2005, p. 12-13.

a jurisprudência, visto que a interpretação de normas legais é fortemente influenciada por fatos sociais e valores éticos.⁹⁸

Mais recentemente, BARROSO enfrentou a temática, estabelecendo um conteúdo mínimo da dignidade humana, ora considerando o conceito como *valor intrínseco*, ora como *autonomia* ou *valor comunitário*.⁹⁹ Enquanto o *valor intrínseco*, em nível filosófico, constitui um elemento ontológico da dignidade humana, um valor objetivo, independente de qualquer evento ou experiência, tornando-se, assim, a origem de uma série de direitos fundamentais,¹⁰⁰ a *autonomia* constitui um elemento ético da dignidade humana, parte da liberdade individual que não pode ser suprimida pelo Estado ou interferências sociais, envolvendo decisões pessoais básicas, como as relacionadas à religião, relacionamentos pessoais e crenças políticas.¹⁰¹

A expressão “valor comunitário” é usada por BARROSO para identificar duas diferentes forças externas que agem nos indivíduos: i) o compartilhamento de crenças, interesses e compromissos de um grupo social e ii) normas estatais impostas.¹⁰² Nesse sentido, o indivíduo vive dentro de si mesmo, dentro da comunidade e dentro do Estado, de modo que a dignidade como valor comunitário passa a enfatizar o papel do Estado e da Comunidade em estabelecer objetivos coletivos e restrições às liberdades e direitos individuais.¹⁰³ Sendo assim, a dignidade humana como valor comunitário e como restrição a autonomia pessoal encontra legitimidade ao buscar três objetivos: a) a proteção de direitos e da dignidade de terceiros; b) a proteção de direitos e da dignidade de si mesmo e c) a proteção de valores sociais compartilhados.¹⁰⁴ Nesse aspecto, a dignidade humana como valor comunitário frequentemente passa a ser inspirada por motivações paternalistas e moralistas.¹⁰⁵

Porém, enquanto norma embasadora e informativa de toda a ordem constitucional, núcleo essencial da Constituição formal e material, qualidades assumidas em diversas ordens constitucionais, o conceito de dignidade da pessoa humana além de possuir o

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Here, there and everywhere*. Human dignity in contemporary law and in the transnational discourse (August 30, 2011). Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 35, No. 2, p. 9. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1945741>. Acesso em: 04 Mar. 2012.

⁹⁹ Ibid., p. 35 e ss.

¹⁰⁰ Ibid., p. 38-39.

¹⁰¹ Ibid., p. 43.

¹⁰² Ibid., p. 49.

¹⁰³ Ibid., p. 49-50.

¹⁰⁴ Ibid., p. 50.

¹⁰⁵ Ibid., p. 51 e ss.

conteúdo mínimo apontado acima, com evidente conteúdo ético-moral, constitui uma norma jurídico-positiva, possuindo força normativa concreta.¹⁰⁶ Nesse sentido, a dignidade humana passa a ser concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, como critério reitor da hermenêutica constitucional, visto que os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para uma interpretação aberta.¹⁰⁷

Portanto, tem-se que os ordenamentos democráticos e constitucionalizados contemporâneos, fundamentam-se numa necessária conexão entre direito e moral, o que permite compreender o que se convencionou denominar de *neoconstitucionalismo ideológico*, consubstanciado na obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que são conformes a Constituição. Ao contrário do que imperou no século XIX, a obrigação moral de obediência a lei, tem-se, na contemporaneidade, uma variante moderna desse positivismo ideológico, materializada no dever moral de obediência a Constituição.¹⁰⁸

Nesse contexto, a Constituição passa a imprimir ordem e conformação à realidade política e social, não configurando apenas a expressão de um *ser*, mas também de um *dever-ser*, significando mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, pois se vincula a uma situação histórica concreta, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão.¹⁰⁹

Portanto, traçadas as premissas principais no que se refere ao momento do constitucionalismo do pós-guerra, fundamentadas em substratos filosóficos e sociopolíticos, cabe analisar os reflexos da chamada força normativa da Constituição no âmbito penal, principalmente no tocante a legitimação ou não dos processos de criminalização de condutas, com a finalidade exclusiva de tutelar valores e interesses

¹⁰⁶ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 4ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, passim; COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana. Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008, p. 34.

¹⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 1997, p. 37. O conceito de dignidade humana, com os todos os seus variados sentidos exegéticos possíveis, reflete um consenso básico de toda a Constituição, necessário para conceber a interpretação ou exegese constitucional como um processo público, com um relevante grau de complexidade, sobretudo aqueles que se referem a controvérsias no âmbito científico jurídico a própria comunidade cidadã, HÄBERLE, Peter, *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002, p. 89.

¹⁰⁸ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p. 86.

¹⁰⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991, p. 15-16.

expressos na Carta Maior. Tal análise possibilitará um enfrentamento crítico das teorias constitucionais do bem jurídico e suas consequências sobre o conteúdo e a função do direito penal.

1.3.1.1 Teorias constitucionais do bem jurídico

O direito penal volta-se às consequências no período do pós-guerra, etapa em que a dogmática abstrata foi intensivamente submetida a experimentos político-criminais, com uma significativa participação de penalistas consagrados, difundindo-se a impressão de que a era da dogmática abstrata nas ciências penais se aproximava do fim.¹¹⁰ Na Alemanha, a partir de 1954, novas vozes críticas aparecem no contexto da reforma legislativa, culminando no Congresso de professores de direito penal realizado em Saarbrücken, em 1963, e no realizado em Hamburgo, em 1964. Discutiu-se exaustivamente sobre o Projeto Alternativo Alemão de 1962, com críticas viscerais ao tipo de política criminal vigente até então, desenhando-se, naquele momento, o novo horizonte das ciências penais alemãs, com concepções modernas do direito penal na teoria e na prática, materializada em inúmeras sugestões legislativas e fundamentações doutrinárias.¹¹¹

Segundo ROXIN, tratava-se de estabelecer de novo a política criminal como objeto digno de especial atenção para atividade científica, na linha do que havia sido desenvolvido por VON LISZT, dilatando, assim, a discussão especializada para além das fronteiras do país, tornando-a produtiva através da união da totalidade da ciência do direito penal.¹¹² Naquele contexto, cumpria ampliar o ângulo de visão das ciências penais, englobando a realidade penal com base no conhecimento de outras áreas que se ocupavam desta realidade. A metodologia jusnaturalista e a concentração em questões teóricas fundamentais chegavam a seu fim, cabendo, a partir de então, mediante a metodologia das ciências empíricas, um olhar crítico aos detalhes da história do direito penal, realçando

¹¹⁰ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. RBCCRIM, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994, p. 47.

¹¹¹ Ibid., p. 48.

¹¹² ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 51.

também o papel da criminologia, da execução penal, do processo penal e da política criminal.¹¹³

Nesse momento histórico, a teoria do bem jurídico era um dos aspectos principais dos afazeres das ciências penais, em total sintonia com o modelo contemporâneo de uma teoria do direito penal voltado às consequências.¹¹⁴ Isso se deve ao fato de que os instrumentos penais passaram a se apresentar como meio de solução de problemas sociais, o que numa visão sistêmica, acarretou uma funcionalização do direito penal, tornando-se um *sistema aberto*, representado pela ordenação e conservação dos conhecimentos alcançados pelo debate científico.¹¹⁵

Verificou-se uma inflexão da dogmática penal a uma orientação jurídico-constitucional, em um momento em que se buscava introduzir novos fundamentos racionais para o poder punitivo estatal, refletindo na teoria do bem jurídico e passando este a orbitar no âmbito da lei fundamental, que se torna um marco na atividade punitiva do Estado, de modo que o direito penal somente deveria proteger aspectos coincidentes com os valores constitucionais estabelecidos.¹¹⁶

Foi na Itália que as teorias constitucionais do bem jurídico se desenvolveram com peculiar intensidade. Os autores sustentam o que se denominou de “*teoria constitucional estrita*”, modelando a noção de bem jurídico em estreita referência a valores consagrados e protegidos pela Constituição, permitindo que a lei fundamental tornasse uma função

¹¹³ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. RBCCRIM, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994, p. 51. Houve o renascimento de uma cultura penal liberal e democrática, permitindo que a teoria do bem jurídico recuperasse o seu caráter garantista, restaurando-se sua referência semântica a situações objetivas e a interesses independentes das normas jurídicas, devolvendo-se, também, a sua relevância crítica e a sua função axiológica, ainda que fosse apenas como limite interno referido a valores ou bens constitucionais. Nesse aspecto, e com importantes referências bibliográficas, cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 431.

¹¹⁴ HASSEMER, op. cit., p. 51-52. É nessa etapa histórica que surgiram, como será delineado em tópico subsequente, os conceitos sociológico-funcionalistas do bem jurídico, passando a ser apreciado em sua dimensão social, a partir do resgate da noção de bem jurídico do mundo abstrato dos valores com a sua consequente integração no âmbito da realidade social, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 268 e ss.

¹¹⁵ CHAVES CAMARGO, Antônio Luis. *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política-criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 26; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 70-71. No lugar de um sistema axiomático, tornou-se cada vez mais premente a necessidade da realização de um *sistema aberto*, de modo a adaptar o sistema jurídico ao desenvolvimento social, garantindo a ordem e a ausência de contradições no conjunto dos problemas jurídicos, SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción ao razonamiento sistemático en derecho penal*. In: Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio. Lima: Idemsa, 2006, p. 19 e ss.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 47; HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 121.

corretiva e limitante.¹¹⁷ O único modelo de direito penal compatível com a Constituição italiana de 1948 é, portanto, aquele em que o direito penal é instrumento de proteção de bens jurídicos, do mesmo modo que o único modelo de crime é aquele cujo centro se situa na ofensa a um bem jurídico.¹¹⁸

Do modelo de direito penal como ofensa a bens jurídicos, amplamente defendido pela escola italiana, provêm consequências vinculantes, seja para o legislador, seja para o intérprete: o legislador apenas poderá punir a lesão ou o pôr-em-perigo de bens jurídicos e o intérprete será obrigado a reconstruir os diversos tipos de crime em conformidade com o princípio de que não há crime sem ofensa a bens jurídicos.¹¹⁹ Nessas duas esferas, política legislativa e interpretação de normas incriminadoras, o princípio constitucional da ofensividade, portanto, passa a ser revestido de um acentuado caráter liberal, pois, tendo em vista a garantia dos direitos de liberdade do cidadão, o legislador não poderá antecipar o recurso à sanção penal em caso de condutas que não apresentem lesões tangíveis ou ameaças à integridade, do mesmo modo que comportamentos não lesivos nem perigosos para o bem jurídico a proteger permitirão que o intérprete reconduza a repressão penal aos limites estabelecidos pelo princípio da ofensividade.¹²⁰

Nessa linha, DOLCINI e MARINUCCI sustentam que o poder discricionário do legislador ordinário na escolha dos bens a tutelar com pena encontra um limite intransponível, pois não podem ser reprimidos comportamentos que sejam expressões de princípios ou de direitos de liberdade garantidos pela Constituição.¹²¹ Isso não significa, conforme os autores, que a sanção penal pode ser adotada apenas em presença da violação de um bem, dotado de relevo constitucional. A dificuldade nessa tese está em considerar que todo o bem ligado a um valor constitucional, por uma relação de pressuposição necessária, demandaria proteção penal, alargando por demais o conteúdo do bem jurídico, pois poucos são os bens dos quais se possa afirmar que não são reclamados pela Constituição, ao menos implicitamente.¹²² Sendo assim, a Constituição italiana de 1948, para os autores, não impõe um limite geral ao legislador ordinário na escolha discricionária

¹¹⁷ FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 50 e ss; HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 126 e ss.

¹¹⁸ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*. Trad. José Faria da Costa, RPCC, ano 4, fasc. 2, abr./jun. 1994, p. 152.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 153.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 154.

¹²¹ *Ibid.*, p. 161 e ss.

¹²² *Ibid.*, p. 168.

dos bens a tutelar penalmente, visto que os valores constitucionais, muito embora nem sempre previstos no texto constitucional, estão sempre em mutação, pois toda Constituição está, de fato, historicamente condicionada às transformações econômico-sociais.¹²³

Sob outra ótica, DOLCINI e MARINUCCI afirmam que a Constituição italiana sanciona a obrigação de incriminar a ofensa a este ou àquele bem, levando-se em conta a experiência histórica, bem como projetos e objetivos propostos no momento em que se outorga uma nova Constituição. Os mandados expressos de criminalização, do mesmo modo, estão presentes, por exemplo, na Constituição brasileira, em seu artigo 5º, incisos XLI; XLII; XLIII; XLIV; e, ainda, o artigo 225, § 3º e artigo 227, § 4º.¹²⁴ Os penalistas italianos defendem, contudo, a impossibilidade de haver obrigações constitucionais implícitas de incriminação, deduzíveis do caráter dos direitos fundamentais dos bens em jogo, cabendo sempre ao legislador escolher o tipo de tutela, de maneira a reservar à pena o papel de *extrema ratio*.¹²⁵

Ainda na Itália, FERRAJOLI analisa criticamente a vinculação constitucional da teoria do bem jurídico, apontando a complexidade existente em torno do seu conteúdo e das suas funções, ao destacar um novo estatuto lógico e semântico que é engendrado ao redor do próprio conceito de bem jurídico, concentrando-se, particularmente, em quatro questões:

- a) se as proibições penais devem tutelar um bem jurídico para não ficar sem justificação moral e política; b) se um determinado ordenamento oferece a garantia de lesividade, isto é, as proibições legais e as sanções concretas são legítimas juridicamente se produzem um ataque a um bem jurídico; c) quais bens, ou não bens, tutelam normativamente as leis penais; d) quais bens, ou não bens, tutelam, de fato, as mesmas leis, e quais bens, ou não bens, são atacados pelas condutas que elas proíbem.¹²⁶

Esses problemas têm, respectivamente, conotações ético-políticas, jurídico-constitucionais, jurídico-penais e sociológico-empíricas. A pluridimensionalidade dessa problemática evidencia o fato de que muitas das incompreensões, dos equívocos e das dificuldades características da discussão sobre o bem jurídico no direito penal moderno decorrem da promiscuidade presente no trato dessas questões, que admitem respostas

¹²³ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*. Trad. José Faria da Costa, RPCC, ano 4, fasc. 2, abr./jun. 1994, p. 168 e ss.

¹²⁴ Ibid., p. 170 e ss.

¹²⁵ Ibid., p. 184 e ss. Nesse aspecto, no Brasil, cf. PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: RT, 2003.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006., p. 431-432.

diferentes conforme investigações e argumentações de distinta ordem. Verifica-se que a primeira e a quarta questão arroladas pelo autor refletem necessariamente um ponto de vista externo, axiológico e fenomenológico, respectivamente, enquanto que a segunda e a terceira são expressões de uma perspectiva interna ao ordenamento, relativo ao que o direito penal “deve ser”, partindo da Constituição, e a outra, ao que este “é”, partindo das leis.¹²⁷ A partir desses fatores, já se constata a insuficiência dos matizes constitucionais no processo de configuração dos bens jurídico-penais, levando em conta as outras variáveis que precisam ser consideradas para uma análise crítica de seus conteúdos e funções.

Na Alemanha, a teoria constitucional do bem jurídico influenciou sobremaneira autores como RUDOLPHI, ROXIN e SCHÜNEMANN. O primeiro afirma que a Constituição contém as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio a legislação penal, somente podendo ser objeto de ameaças penais aqueles comportamentos que lesionam ou põem em perigo de lesão os pressupostos de uma vida social próspera, apoiada na liberdade e responsabilidade do indivíduo.¹²⁸

Nessa medida, o conceito de bem jurídico não estaria previamente fixado, de modo a oferecer respostas sobre determinadas condutas passíveis de serem sancionadas pelo Estado com pena. Ao revés, a tarefa consistiria no rastreamento na realidade social de todos os fenômenos lesionáveis pelo comportamento humano, permitindo que o bem jurídico se revelasse como pressuposto para a vida em comum, a partir de uma profunda análise daquelas condições e funções nas quais se baseiam a vida social, previstas na Constituição.¹²⁹

ROXIN, por sua vez, vinculando-se, em certa medida, a uma concepção pessoal do bem jurídico reconhece que um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode se derivar dos princípios plasmados na Constituição, baseados na liberdade dos indivíduos, através dos quais se marcam os limites do poder punitivo do Estado, afirmando, portanto, que:

Os bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base desta concepção dos fins ou para o funcionamento do próprio sistema.¹³⁰

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 432.

¹²⁸ RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Revista Nuevo Pensamiento Penal, ano 4, n. 5 a 8, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 341.

¹²⁹ Ibid., p. 341-342.

¹³⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría do delito. Traducción de la 2 ed. Alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de

SCHÜNEMANN realça que a teoria do bem jurídico abre as portas de uma dimensão bem mais vasta do que a do mero sentido literal da lei, tornando os princípios fundamentais do direito penal fecundos para a interpretação, ao introduzir as ideias básicas liberais representantes de uma dimensão constitucional diretamente no trabalho interpretativo.¹³¹ É nesse contexto que a aproximação entre o direito penal e o direito constitucional ganha novos enfoques, principalmente com os recentes trabalhos destinados a destacar o papel do princípio constitucional da proporcionalidade como limite primário do direito penal material.¹³²

Em Portugal, FARIA COSTA, também com um posicionamento crítico, entende que o direito constitucional constitui um referente normativo inarredável para a compreensão e delimitação de qualquer outro direito, porém defende que o direito penal não tem que ficar adstrito ou acorrentado positivamente à ordem de valores jurídico-constitucionais.¹³³ Para o penalista português, os bens jurídicos são as expressões de uma realidade normativa, cuja estrutura axiológica e mesmo prático-axiológica é a mais consentânea a estabelecer as ligações e o adensamento problemático entre as ordens jurídicas constitucionais e penais.

Não obstante os avanços obtidos pelas teorias constitucionais do bem jurídico, elas não estão imunes a críticas. BUSTOS RAMÍREZ, por exemplo, afirma que muito embora se possa predicar que os direitos reconhecidos na Constituição acabam por se confundir com os bens jurídicos passíveis de tutela penal, o certo seria que os direitos reconhecidos na

Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 55-56. Em outra oportunidade, o autor define “*los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin*”, ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho pena?* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448.

¹³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación.* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 199.

¹³² Vide, por exemplo, BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información.* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 147 e ss; STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal.* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 105 e ss; AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal.* Madrid: Edersa, 1999, passim. No Brasil, v. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal.* São Paulo: RT, 2003, passim; FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, passim.

¹³³ FARIA COSTA, José. *O perigo em direito penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 189.

Constituição, especialmente os direitos fundamentais, estabelecem uma relação entre o cidadão e o Estado, possibilitando uma exigência do cidadão frente ao Estado. Nesse sentido, os bens jurídicos não teriam exatamente essa função, pois implicam necessariamente uma determinada realidade (uma relação social entre os sujeitos entre si e com o Estado), suscetível de ser afetada enquanto tal. Tem-se como exemplo o direito à vida, estabelecido na Constituição, que não pode ser confundido com o bem jurídico vida, muito embora tenha a sua proteção garantida constitucionalmente. Esse bem jurídico plasma uma realização da vida social, exigindo-se a sua proteção, porém com uma relação concreta com o Estado e, paralelamente, com todos os demais sujeitos dentro do sistema social. Assim como o direito fundamental à vida, todos os demais direitos fundamentais ou direitos reconhecidos pelas Constituições, para serem tutelados pelo direito penal, devem ser apreendidos a partir da interação social e participativa dos sujeitos entre si.¹³⁴

Do mesmo modo, PORTILLA CONTRERAS conclui que a Constituição não oferece as garantias de segurança jurídica mínima necessárias, a ponto de erigir-se como instrumento exclusivo para a hierarquização dos valores a proteger. Segundo o autor, a função que se outorga a liberdade pessoal pelos partidários da tese constitucional mais estrita, em seu caráter condicionante da estruturação dos valores a proteger, não impede o processo de caráter divinizador a que se vê submetida à Lei Fundamental, que reflete, fundamentalmente, na confusão frequente entre direitos fundamentais e bens jurídicos, no reconhecimento da existência de valores implícitos ou conexos aos constitucionalmente descritos, dos quais dependem a graduação da pena e a intensidade da lesão.¹³⁵

Portanto, no âmbito de uma sociedade pluralista, a Constituição, enquanto sendo um sistema aberto de valores, deve ser apenas um limite negativo na definição de bens jurídicos, ao espelhar ideais de uma sociedade, não se podendo extrair automaticamente de seu teor os bens jurídicos a tutelar na esfera penal. Sendo assim, considerando que as Constituições nem sempre refletem a realidade presente, não se pode querer aplicar os preceitos constitucionais diretamente às relações sociais na esfera jurídico-penal. As teorias sociológicas do bem jurídico trazem uma rica contribuição nesse sentido,

¹³⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes colectivos*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986, p. 156.

¹³⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. Cuadernos de Política Criminal, n. 39, Madrid, Edersa Ed., 1989, p. 730-731.

permitindo um enfoque crítico no processo de identificação dos bens jurídicos, considerados como situações ou estados de destacado valor social.¹³⁶

1.3.2 Teorias sociais: o funcionalismo

A teoria social não pode ser considerada de propriedade de nenhuma disciplina, visto que as questões referentes à vida social e aos produtos culturais da atividade humana permeiam as ciências sociais e as humanidades. Muitas escolas sociológicas floresceram nos séculos XIX e XX, mas poucas exerceram uma influência tão portentosa e concentrada na história da sociologia como o funcionalismo, que chegou a ser visto por seus adeptos como sinônimo de fato e de direito da teoria sociológica.¹³⁷

Um dos grandes expoentes do funcionalismo, indubitavelmente, foi o sociólogo alemão LUHMANN, cujo pensamento sistêmico concentra-se numa abordagem peculiar dos fenômenos sociais, voltada à análise das partes constitutivas de um todo para a observação das relações desse mesmo todo, alterando-se o foco de observação entre os variados escalonamentos hierárquicos, sem perder o caráter científico do processo de verificação dos fenômenos.

Influenciado pelas contribuições de DURKHEIM, WEBER e PARSONS,¹³⁸ LUHMANN constrói uma nova base para a sociologia jurídica, invertendo a lógica das teorias já desenvolvidas ao realçar a *função* como o elemento central de sua análise. Não somente os elementos que compõe um sistema são detalhadamente observados, mas, também, as

¹³⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 128.

¹³⁷ GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan H. *Teoria social hoje*. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp Ed., 1999, p. 7; DOMINGUES, José Maurício. *Teorias sociológicas no século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira Ed., 2008, p. 37.

¹³⁸ PARSONS vislumbrou a possibilidade de revelar tanto em DURKHEIM quanto em WEBER pontos de referência para uma teoria sociológica geral, a partir de um processo gradual de crítica e de reconsideração de certos aspectos e elementos dos antigos sistemas, em estreita conexão com a observação e a verificação empíricas, teoria esta caracterizada como sociologia do direito generalizada, uma vez que procura determinar sistemas sociais a partir da imprescindibilidade de suas estruturas normativas, LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 29 e ss; PARSONS, Talcott. *A estrutura da ação social*. Um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. Trad. Raquel Weiss. Vol. II. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010, p. 904-905.

funções por eles desempenhadas, permitindo, desse modo, uma observação mais detalhada das sociedades altamente complexas.

LUHMANN considera a multiplicidade de possíveis experiências e ações presentes no mundo moderno, de maneira que cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete sempre a outras possibilidades, as quais são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Esse vasto campo de possibilidades reforça a necessidade de selecionar forçosamente as opções disponíveis, dentre as mais adequadas, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido. Essa gama de possíveis caminhos a ser submetida a um processo de escolhas define-se *complexidade*.¹³⁹

Quando essas possibilidades apontadas para as demais experiências podem ser diferentes das esperadas ou quando haja a possibilidade de se realizar a escolha não-correta ou de desapontamento, com a conseqüente necessidade de assumirem-se riscos, fala-se em *contingência*.¹⁴⁰ É sobre essa situação de complexidade e contingência que se desenvolvem estruturas tendentes a assimilar experimentações, possibilitando um bom resultado seletivo a partir de sistemas destinados a estabilizar pressões momentâneas e impulsos instintivos, tendo em vista um horizonte de possibilidades ampliado e rico em alternativas.¹⁴¹

Além de sistematizar o conceito de risco e situá-lo no âmbito da complexidade e contingência, o aporte teórico de LUHMANN evidencia uma homeostase entre o sistema social, político e o jurídico. Não obstante sejam funcionalmente diferenciados eles se comunicam, de modo que a evolução do direito reside na interação da sua parte endógena com o exógeno social. Tal entendimento se deve a transformação verificada na teoria do autor na virada da década de 1970 para a de 1980, passando o sistema jurídico a ser concebido de forma autopoietica, a partir das teorias de MATURANA e VALERA, dois

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45 e ss. A complexidade pode ser compreendida também não como um vasto campo de possibilidade ou opções disponíveis, mas como “elementos” e “relações”. Aumentando-se os elementos de um sistema, aumentam-se as relações, tanto entre os elementos internos quanto entre o sistema e seu entorno. Mas haverá um ponto no qual o número de elementos será tamanho que será impossível que cada elemento relaciona-se com todos os demais. Essa conclusão permite definir *complexidade* como um “conjunto inter-relacionado (*zusammenhängende*) de elementos quando já não é possível que cada elemento se relacione em qualquer momento com todos os demais, devido a limitações imanentes à capacidade de associá-los”, COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 28.

¹⁴⁰ LUHMANN, op. cit., p. 46. O sociólogo alemão não se contentou com uma sociologia do risco, chamando a atenção para a contingência como valor próprio da sociedade moderna e criando uma nova sensibilidade teórica para imprevisibilidades e possibilidades surpreendentes no campo dos acontecimentos, BÜSEKE, Franz Josef. *Risco e contingência*, RBCS, vol. 22, n. 63, 2007, p. 71.

¹⁴¹ LUHMANN, op. cit., p. 46. A sistematização do conceito de risco será mais bem desenvolvida no capítulo 2 deste estudo.

biólogos chilenos que elaboraram as noções de sistemas fechados, autorreferidos e autopoieticos.¹⁴²

O direito se torna autopoietico quando suas autodescrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena.¹⁴³ O sistema jurídico, como qualquer outro sistema social, é um sistema autopoietico que opera de forma fechada em seu interior e que ao mesmo tempo é aberto às entradas e pressões do entorno com o qual se comunica. É uma clausura operativa interna que possibilita sua estabilidade e uma abertura ao exterior que permite sua comunicação com os demais sistemas.¹⁴⁴

Segundo TEUBNER, um sistema autopoietico constitui um sistema autorreferencial no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma sequência de interação circular e fechada, uma vez que a autorreferência sistêmica é o mecanismo gerador, não apenas da ordem sistêmica (estrutura), mas das próprias unidades sistêmicas básicas (elementos).¹⁴⁵

Nesse sentido, a autonomia com relação ao meio não impõe uma forma de independência sobre esse mesmo meio, pois a autonomia apenas delimita quais elementos do meio farão parte do sistema específico, de modo que a interdependência existente entre meio e sistema permanece.¹⁴⁶ Todo o sistema – inclusive o jurídico – deve ser paralelamente aberto e fechado, a fim de que não corra o risco de que fique estagnado num

¹⁴² DOMINGUES, José Maurício. *Teorias sociológicas no século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira Ed., 2008, p. 51.

¹⁴³ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann – e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 66.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 70.

¹⁴⁵ Apud TRINDADE, op. cit., p. 83. A autorreferencialidade dos sistemas é explicitada por LUHMANN quando afirma que os sistemas podem ser determinados por eles mesmos, de maneira que todos os elementos que permitem a sua funcionalidade são constituídos pelo próprio sistema. Todavia, a pura autorreferencialidade, no sentido de que as funções são realizadas somente para si próprias, é impossível, LUHMANN, Niklas. *Social Systems*. Trad. John Bednarz e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995, p. 444 e ss. A vantagem mais importante dessa teoria seria a possibilidade de reconstrução não somente das atuações dos juristas, mas a reconstrução também dos conceitos. Em linhas gerais, a teoria em questão intenta reconstruir a forma com a qual o sistema jurídico gera auto-observações e autodescrições, LUHMANN, Niklas. *El derecho como sistema social*. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005, p. 77-78.

¹⁴⁶ Na teoria dos sistemas sociais autopoieticos de LUHMANN, o ambiente não atua perante o sistema nem meramente como “condição infra-estrutural de possibilidade da constituição dos elementos”, nem apenas como perturbação, ruído, *bruit*, constitui algo mais, “o fundamento do sistema”. Portanto, trata-se de autonomia do sistema, mas não de sua autarquia, nem de seu isolamento, pois o fechamento operativo é condição de possibilidade para abertura. Toda abertura baseia-se no fechamento, NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 62.

grau de aproveitamento insuficiente. Essa condição também é fundamental caso haja o desejo de obter indicações certas quanto à qualidade do aproveitamento do sistema.¹⁴⁷

1.3.2.1 Teorias sociológicas do bem jurídico

A teoria sistêmica de LUHMANN fora utilizada por AMELUNG para a sua formulação do conceito de bem jurídico-penal, com base no funcionalismo sociológico, quem chegou a defender a inoperância do conceito na prática, devendo ser substituído pela ideia de danosidade social.¹⁴⁸ O autor justifica a substituição tendo em vista o caráter disfuncional do comportamento para o sistema social, de modo que a consolidação da teoria do bem jurídico corresponderia a um esquema geral de desenvolvimento sociocultural, que também pode ser detectado em outros setores (“subsistemas”) da sociedade moderna.¹⁴⁹

Ainda no âmbito alemão, HASSEMER julga ser imprescindível a confirmação de uma “danosidade social” para a legitimação da intervenção punitiva, passando os bens jurídicos a serem concebidos numa perspectiva político-criminal, ensejando, assim, o restabelecimento de um vínculo interdisciplinar entre o direito penal e as ciências sociais.¹⁵⁰ Para HASSEMER, a violação de bens jurídicos como elemento fundamental do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais são reunidos na concepção de uma “formalização da justiça penal”. Entre os princípios, destacam-se: *subsidiariedade* (o recurso ao direito penal só pode ter lugar quando nenhum outro meio puder solucionar adequadamente o conflito); a

¹⁴⁷ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann – e o Direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 83-84.

¹⁴⁸ Nesse aspecto, socialmente danoso seria uma manifestação de disfuncionalidade, um fenômeno social que impede ou dificulta a superação pelo sistema social dos problemas da sua sobrevivência e manutenção. O crime seria, nestes moldes, disfuncional, enquanto violação de uma norma institucionalizada, indispensável para solução dos problemas de subsistência da sociedade. O seu perigo reside fundamentalmente no fato de impedir a solução dos problemas do sistema, já que põe em questão a vigência de normas que podem contribuir de alguma forma para esta tarefa. A função do direito penal seria, portanto, a de controle social, no sentido de contrariar o crime. Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 97.

¹⁴⁹ AMELUNG, Knut. *El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 230; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 131-132.

¹⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 49; BECHARA, op. cit., p. 130.

danosidade social (o conflito tem que atingir “todos nós” e não somente autor e vítima); *tolerância, humanidade, respeito à dignidade humana* (uma ameaça penal, não importa a forma, não pode atentar contra os fundamentos de nossa cultura jurídica).¹⁵¹

Convém registrar que embora o fundamento sociológico permeie as teses de HASSEMER em relação à teoria do bem jurídico, o penalista de Frankfurt sustenta que diante das tendências modernas de socialização, do aumento dos contatos sociais e da criação de instituições complexas, os direitos individuais da pessoa humana não devem ser funcionalizados a partir dessas instituições. Ao contrário:

Em tempos como estes, deve justamente o Direito Penal proteger e resguardar como ênfase os elementos pessoais, pois sua tarefa não é, afinal, a segurança geral ou a diminuição de danos sociais, mas sim a imputação de um crime a uma pessoa e, com isso, a individualização de um problema que sempre é também social. Épocas de alta densidade social são, no Direito Penal, épocas de teorias orientadas para a pessoa.¹⁵²

O funcionalismo sistêmico possibilitou outras concepções formais do bem jurídico, algumas consideradas radicais, como a que foi desenvolvida por JAKOBS. Para o autor, o direito penal deve sempre confirmar a identidade social, a partir de uma concepção comunicativa do delito, de modo que a constituição da sociedade, por ser um grande contexto de comunicação, é feita através de normas, destinadas à sua automanutenção:

Apenas sobre a base de uma compreensão comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional [...].¹⁵³

JAKOBS evidencia uma dependência recíproca entre a sociedade e o direito penal, cabendo a este realizar todos os esforços para assumir novos problemas sociais, até que o sistema jurídico alcance uma complexidade adequada com referência ao sistema social.¹⁵⁴ Essa interdependência estaria garantida através de regras de configuração, isto é, por meio de normas. Enquanto parte dessas normas já não necessitam de uma estabilização especial, pois já estão asseguradas pelas estruturas cognitivas, outras carecem da força necessária

¹⁵¹ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires, Depalma Ed., 1989, p. 278-279. Vide recente tradução brasileira, HASSEMER, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 15 e ss.

¹⁵² Idem, 2011, p. 20.

¹⁵³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Estudos de direito penal. V. 6. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 3.

¹⁵⁴ Ibid., p. 7-8.

para autoestabilizarem. São exatamente essas últimas cuja vigência precisa ser garantida por uma sanção.¹⁵⁵

Nesse sentido, segundo JAKOBS, o direito penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado por meio das normas, entendimento este com importantes reflexos na teoria do bem jurídico. Isso porque o bem a ser protegido pelo direito penal passa a ser a solidez das expectativas normativas essenciais ante a decepção (solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática).¹⁵⁶ Noutros dizeres, o direito penal não garante a subsistência dos bens jurídicos em si mesmos, e sim, a possibilidade de que as pessoas não ataquem esses bens, o que reforça a tese de que cabe ao direito penal garantir a identidade da sociedade através da vigência de suas normas, que pode ser prejudicada não só pela violação da norma em si, entendida em seu sentido habitual, como também por qualquer detrimento da confiança dos afetados, qualquer que seja a via pela qual isso ocorra.¹⁵⁷ Nesse sentido, de acordo com a concepção de JAKOBS, a teoria do bem jurídico estaria desprovida de potencial crítico, bastando a satisfação das expectativas sociais, podendo dizer respeito a qualquer opção do legislador.¹⁵⁸

Na mesma linha, utilizando o substrato teórico de JAKOBS, MÜSSIG defende que o significado social do injusto jurídico-penal faz com que o bem jurídico seja concebido não somente do ponto de vista externo, acessível aos sentidos, ao contrário, pode ser entendido também como violação a norma, traduzida em um significado comunicativo da conduta. Dito de outro modo, um mero acontecimento que representa uma violação a norma

¹⁵⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Estudos de direito penal. V. 6. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 10 e ss.

¹⁵⁶ JAKOBS, Günther. *Os dilemas do direito penal*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo. Questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bem jurídicos ou a vigência da norma?* In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 160-161; JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 75 e ss; JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003, p. 133-134.

¹⁵⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 42-43. Nesse aspecto, para JAKOBS, a proteção de bens jurídicos não explica todos os elementos do delito. Nem sequer é necessária para todos os delitos. A equiparação de fim da norma e proteção de bens jurídicos ou de delito e lesão de bens jurídicos fracassa, sobretudo nos delitos com infração de um dever especial derivado de uma competência institucional, de modo que o direito penal não se caracteriza como lesão de bens jurídicos, mas como lesão de juridicidade, JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 52; JAKOBS, Günther. *La autocompreensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente*. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coordinadores de la versión alemana.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Coordinador de la versión española Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 56.

transgride os limites de sentidos estabelecidos pelas estruturas de expectativas, importando em um contraprojeto em relação ao modelo de orientação contido na norma.¹⁵⁹

Na Espanha, MIR PUIG, com radical fundamento sociológico, destaca a dimensão social do bem jurídico, na medida em que os objetos reais constituem uma necessidade social, condicionando as possibilidades de participação dos indivíduos nos sistemas sociais. Não se exclui os objetos concretos e existenciais, apenas é realçada a necessidade de uma análise funcional desses objetos, a fim de que sejam protegidos como bens jurídicos.¹⁶⁰ Para tanto, o autor distancia-se de um conceito dogmático de bem jurídico, bem como de um conceito político criminal, pois, embora considere úteis, eles não teriam capacidade de limitar o direito penal. Sendo assim, o penalista espanhol prefere situar os bens merecedores de tutela jurídica no terreno social, exigindo que constituam condições de funcionamento dos sistemas sociais, evidenciando, portanto, o fundamento funcionalista que é dado à teoria do delito.¹⁶¹

Na mesma direção, SILVA SÁNCHEZ, utilizando-se da teoria sociológica do bem jurídico, sustenta uma combinação entre os aspectos de afetação aos indivíduos e de repercussão social do dano, o que permite excluir a punição dos direitos meramente imorais, assim como a proteção penal de outros valores, funções ou estratégias político-sociais. Embora o autor entenda ser possível uma afetação indireta ao indivíduo, destaca o caráter ambíguo do termo “indireto”, sobretudo no que se refere a bens jurídicos supraindividuais. Desse modo, diante da tutela difusa, não obstante a afetação individual, bem como a danosidade social da conduta sejam critérios produtores para se legitimar a incriminação de condutas nesse âmbito, o autor aponta outros critérios, aptos a colocar freio aos processos de incriminação, como, por exemplo, a proporcionalidade e a necessidade da intervenção penal.¹⁶²

Ainda em âmbito espanhol, porém com críticas ao funcionalismo sistêmico, MUÑOZ CONDE define os bens jurídicos como sendo aqueles pressupostos que a pessoa

¹⁵⁹ MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítico hacia el sistema. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, *RDPC*, 2ª época, enero, Madrid, 2002, p. 193-194.

¹⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 169; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 70.

¹⁶¹ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F Ed., 2006, p. 86-87; MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 41-42; MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 160 e ss.

¹⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 272-273.

necessita para sua autorrealização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social, devendo ser valorados e condicionados historicamente, pois os valores existentes em uma dada época, bem como as concepções morais da sociedade influenciam o legislador.¹⁶³

Do mesmo modo, TERRADILLOS BASOCO, seguindo a trilha de MUÑOZ CONDE, concebe o bem jurídico como a satisfação de necessidades humanas, partindo-se do fundamento de participação democrática no Estado de Direito, uma vez que a vocação democrática e social do sistema penal imposta pela Constituição obriga o legislador ordinário a articular meios de proteção jurídico-penal, inclusive dos bens jurídicos coletivos.¹⁶⁴

No âmbito da América Latina, são dignos de nota alguns posicionamentos de autores que têm construído novas conotações sobre a teoria do bem jurídico, afastando-se, portanto, de concepções tradicionais ou clássicas. Enquanto BACIGALUPO, por exemplo, adota uma concepção funcionalista-sistêmica, ao afirmar que são as regras que estabelecem a identidade e não os bens ou situações, de modo que o direito penal passa a formar parte de um aparato de imposição necessário para a manutenção da estabilidade de uma sociedade,¹⁶⁵ há autores que passam a traçar pressupostos fundamentais para um conceito crítico de bem jurídico.

BUSTOS RAMÍREZ entende que não basta que o entorno social defina o bem jurídico, ou que este seja um estado ou condição social a determinados pressupostos ou condições de existência, nem sequer a participação social do indivíduo. Deve-se, na verdade, situar a pessoa humana como ente social dentro de uma sociedade democrática.¹⁶⁶ Isso porque a relação social expressa sempre uma *relação dialética dinâmica*, pois, constantemente, através dos interesses contrapostos existentes dentro do desenvolvimento social, produzem-se processos de teses, antíteses e sínteses. Nesse sentido, o bem jurídico não é

¹⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 59-60. Na realidade, MUÑOZ CONDE situa-se numa esteira giratória entre as exigências de uma realidade social, de um lado, e as ideias funcionais, de outro, na relação sistêmica *input* (necessidade) e *output* (intervenção), sob o pressuposto da utilidade. Mas, tal posicionamento não afasta o autor de entender como necessários para convivência alguns pressupostos existenciais, TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 195.

¹⁶⁴ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Constitución y ley penal. La imposible convergencia*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986, p. 661; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 72.

¹⁶⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. 3ª edición. Madrid: Akal, 1994, p. 11; FERNÁNDEZ, op. cit., p. 73 e ss.

¹⁶⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984, p. 62.

somente um conceito crítico com referência ao sistema jurídico, senão também com referência ao sistema social, composto por diferentes ordens de valores.¹⁶⁷

Nesse aspecto, BUSTOS RAMÍREZ arremata dizendo que bem jurídico é uma *síntese normativa determinada de uma relação social concreta, sintético-jurídica, dialética e necessária*.¹⁶⁸ Por isso, defende que um direito penal democrático somente é possível através da existência de bens jurídicos passíveis de proteção, pois são nada mais do que a concreção do processo democrático real, capaz de limitar o poder punitivo do Estado. Por esse motivo, o autor reconhece que os bens jurídicos são sempre relativizados e dinâmicos, mas são exatamente essas características que os tornam o resultado de uma síntese de uma relação social concreta e dialética, possibilitando o seu conceito crítico e sua contínua revisão.¹⁶⁹

Sob esse aspecto, na contramão dos fundamentos de HASSEMER, por exemplo, o penalista chileno entende que o conceito de dignidade da pessoa humana é muito abstrato para servir de instrumental destinado a limitar o poder punitivo do Estado. É preciso considerar todos os diferentes condicionamentos sociais e econômicos que provocam uma determinada conduta, visto que o fundamental é identificar a relação social concreta que se quer proteger, a fim de estabelecer a posição das pessoas dentro de uma relação social.¹⁷⁰ Tal posicionamento de BUSTOS RAMÍREZ irá permitir, como se verá no capítulo 3, uma posição crítica em relação à autonomia dos bens jurídicos coletivos.

HORMAZABAL MALARÉE, por sua vez, compartilhando dos pressupostos de BUSTOS RAMÍREZ, posiciona-se no sentido de que os bens jurídicos não giram exclusivamente em torno de uma pessoa individual ou de uma coletividade considerada como globalidade, mas estão em função das bases de existência ou do funcionamento de um sistema de relações sociais democrático, ou seja, de vínculos entre pessoas realizadas em condições de liberdade e dignidade. Nesse aspecto, em um Estado democrático, os bens jurídicos surgem

¹⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984, p. 62-63; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, S. A. Ed., 1986, p. 221.

¹⁶⁸ Idem, 1984, p. 63; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 32. Quando se afirma esse caráter sintético normativo do conceito de bem jurídico, garante-se, então, a indissolubilidade da norma e do próprio bem jurídico, o que não necessariamente reporta aos fundamentos do normativismo de BINDING. Na realidade, a norma proibitiva ou de mandato implica a proteção de um objeto, considerado como bem jurídico, de modo que a validade democrática de tal norma tem que passar pelo filtro crítico da necessidade de sua proteção à luz dos princípios básicos que informam a natureza de um Estado Social e Democrático de Direito, BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., p. 27-28.

¹⁶⁹ Idem, 1984, p. 63.

¹⁷⁰ Ibid., p. 64; BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., p. 32.

das próprias bases da realidade social e constituem a culminação de um processo de participação política.¹⁷¹

Também no contexto chileno, PIÑA ROCHEFORT diverge da concepção orientada de que a missão do direito penal seria a proteção de bens jurídicos, optando por defini-los como bens de proteção de uma ordem valiosa, de um sistema de expectativas que garante a vida social. A função dos bens jurídicos seria manter orientada a operação do sistema penal ao cumprimento dessa função, de modo que a teoria do bem jurídico seria mais relativa do que habitualmente se sustenta.¹⁷²

No Uruguai, FERNÁNDEZ assevera que o bem jurídico pode assegurar o normal desenvolvimento da convivência social, mediante a proteção de bens jurídicos que resultem indispensáveis a esse objetivo e que conformem um paradigma básico de seguridade.¹⁷³ Partindo-se dessa premissa, o autor apresenta um conceito de bem jurídico estreitamente vinculado aos direitos humanos, concebendo-o como *valores de relação*, como *interesse* ou como *unidades funcionais de valor*, isto é, valores sociais que são constituídos no marco de uma relação social determinada, essencial não apenas para a autorrealização do indivíduo na comunidade, mas, também, para o desenvolvimento do sistema social (ecologia, integridade e independência territorial do Estado etc.). Em breve síntese, portanto, bens jurídicos seriam *chances* ou *oportunidades de participação social*.¹⁷⁴

Na Argentina, ZAFFARONI sustenta que não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica desses bens.¹⁷⁵ Desse modo, o autor destaca um aspecto

¹⁷¹ HORMAZABAL MALAREE, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992, p. 154-155; BUSTOS RAMIREZ, Juan; HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Volumen II. Madrid: Trotta, 1999, passim; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 77-78.

¹⁷² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?* In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005, p. 287. Vide do mesmo autor, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Lima: Ara Ed., 2008, p. 387 e ss.

¹⁷³ FERNÁNDEZ, op. cit., p. 84.

¹⁷⁴ Ibid., p. 141 e ss.

¹⁷⁵ ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 8ª ed. Rev. Atual. V. 1. São Paulo: RT, 2009, p. 398. Nesse aspecto, o bem jurídico cumpriria duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: (i) uma função *garantidora*, que emerge do princípio republicano; (ii) uma função *teleológica-sistemática*, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro

estritamente dogmático do bem jurídico, vinculando-o ao princípio da ofensividade, a fim de rechaçar qualquer conotação legitimante da teoria. Na realidade, para o autor, a legislação penal não cria bens jurídicos, mas estes são criados pela Constituição, pelo direito internacional e pelo resto da legislação. Nesses âmbitos, os bens jurídicos já são tutelados pela respectiva norma que os manifesta, de modo que a lei penal apenas eventualmente individualiza alguma ação que afeta de modo particular algum bem jurídico específico, considerando a sua natureza fragmentária e excepcional. Nesse sentido, o direito penal recebe o bem jurídico já tutelado e a norma penal apenas anuncia um castigo para certas formas específicas e isoladas de ofensa a esse bem, permitindo, desse modo, um uso limitativo da teoria.¹⁷⁶

No Brasil, BECHARA vem enfrentando a temática nos últimos anos, principalmente por considerar um desvirtuamento da teoria do bem jurídico, pois ao contrário da ótica liberal do direito penal, por meio da qual a exigência de ofensa ao bem jurídico supunha uma oposição à criminalização de determinadas condutas, ensejando uma tendência crítica de despenalização, vê-se na atualidade a adoção da mesma teoria para justificar um direito penal criminalizante. Diante desse quadro, e do desenvolvimento social atual, a autora defende que o bem jurídico ainda é irrenunciável, como núcleo negativo e crítico do direito penal, utilizando, para tanto, os substratos sociológicos tendentes a conferir maior racionalidade à teoria. No contexto de um sistema aberto, baseado em uma sociedade pluralista, na qual os valores se pautam no mundo de vida de cada um, deve-se levar em conta os partícipes da comunicação, que se movem no horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento, a fim de atingir a autorrealização social. É dentro desse contexto que o bem jurídico ganha contornos mais públicos, pois o que importam, na verdade, são as relações sociais estabelecidas pelos sujeitos no âmbito de determinadas estruturas concretas e sua indeterminação com os objetos que surgem nessas interações. Nesse sentido, o bem jurídico tem aptidão para plasmar o complexo social real que interessa ao direito proteger, de modo que o conteúdo concreto dos bens jurídicos há de ser dado de forma anterior ao direito, conforme as relações sociais concretas.¹⁷⁷

dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano, ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 8ª ed. Rev. Atual. V. 1. São Paulo: RT, 2009, p. 402.

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 486 e ss.

¹⁷⁷ Cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo*. *Revista Liberdades*, n. 1, jan./abr. 2009, p. 27; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Delitos*

Com tais pressupostos, BECHARA destaca a necessidade de uma inversão metodológica, a fim de que a teoria do bem jurídico logre uma intenção crítica:

Não é possível, portanto, pretender encontrar, a partir de uma dada norma, qual seja o bem jurídico tutelado, e sim o contrário, qual seja: a partir de uma valoração político-social, estabelecer dado interesse como bem jurídico digno de proteção penal e, a partir de sua complementação por outros critérios positivos de legitimidade - tais como os princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da intervenção penal mínima - definir os moldes normativos da respectiva tutela.¹⁷⁸

Em face desses posicionamentos, sejam os estreitamente vinculados às teorias sociológicas, sejam aqueles que buscam nas relações sociais apenas substratos elementares para preencher de sentido e conteúdo o conceito de bem jurídico, surgem inúmeras críticas, sendo que a maior delas está em considerar a complexidade das relações sociais que permeiam a formulação de um conceito material. Depara-se com a falta de consenso sobre quais interesses devem ser tutelados pelo direito penal em detrimento de outros e a dificuldade em se determinar o que, de fato, uma conduta delitiva pode lesionar.¹⁷⁹ Além do mais, a adoção de uma perspectiva exclusivamente funcionalista, por exemplo, pode anular a eficácia limitadora do conceito, pois, certamente, a proteção de valores morais, defendidos por determinadas estratégias políticas, podem gerar pontos de vistas totalitários.¹⁸⁰

Inobstante as críticas direcionadas às teorias constitucionais e sociológicas, verifica-se que ambas as concepções permanecem no centro dos debates contemporâneos em torno da capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico. Isso implica em considerar que para que o direito penal permaneça tendo a missão de proteger bens jurídicos, é necessário estabelecer os limites ou critérios que sejam relevantes para

de acumulação e racionalidade da intervenção penal. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 03-05, mar., 2010; BECHARA, Ana Elisa. *Delitos sem bens jurídicos.* In: Boletim IBCRIM, São Paulo, ano 15, n. 181, p.4-5, dez. 2007; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal.* Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 371 e ss.

¹⁷⁸ Idem, 2010, p. 406. No mesmo sentido, PORTILLA CONTRERAS propõe um procedimento de caráter negativo, fundamentando-se no direito penal mínimo. Assim sendo, verificando a dificuldade de determinar quando um valor reúne as condições necessárias para ser considerado um bem jurídico-penal, seria preferível estabelecer um método progressivo de minimização, de modo que a tarefa não seria determinar quais são os interesses transcendentais para o direito penal, e sim aqueles que não mereçam proteção penal, PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos.* Cuadernos de Política Criminal, n. 39, Madrid, Edersa Ed., 1989, p. 735.

¹⁷⁹ REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e constituição.* 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 36. Cf. BECHARA, *Da Teoria...*, p. 134.

¹⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al dirección penal contemporáneo.* Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 269-270.

considerar determinados tipos penais legítimos ou ilegítimos, isto é, o bem jurídico, em certa medida, deve ser “algo” a ser protegido, permanecendo como o ponto de partida para a comprovação da legitimidade das normas penais. Eis, portanto, um cenário de crise em relação ao conceito e à potencialidade crítica do bem jurídico, pois, na realidade, ainda não há um consenso se a teoria deve se ampliar para abranger as novas realidades do mundo moderno ou deve ser superada, em face da sua ineficácia como critério de legitimidade do direito penal contemporâneo. Esse cenário de crise ganha dimensões problemáticas principalmente no contexto supraindividual, pois é neste quadro da realidade que a teoria do bem jurídico tem chances de poder eventualmente exercer, por excelência, a sua função crítica.¹⁸¹

1.4 Novos paradigmas dogmáticos: ampliação ou superação do conceito de bem jurídico?

Apesar do amplo desenvolvimento teórico em torno do conceito de bem jurídico ocorrido na segunda metade do século XX, quer por influência das teorias constitucionais, quer pela absorção dos postulados sociológicos, especialmente aqueles submetidos à chave funcionalista, verifica-se, ainda, uma crise em relação à função exclusiva do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais. Isso porque a teoria do bem jurídico, como instrumento suprapositivo de legitimação e de crítica ao sistema, tem enfrentando sérias dificuldades para se colocar como um importante referencial de legitimidade das incriminações atuais, principalmente no âmbito da criminalidade supraindividual.

Enquanto parte da doutrina renuncia a sua função crítica do sistema para falar tão somente de bens jurídicos protegidos unicamente no contexto da interpretação do direito vigente, tornando-se relevante apenas no marco de um direito penal nuclear, outra parte defende a despedida do dogma do bem jurídico em seu conjunto, sustentando-o por outras concepções, como por uma teoria da lesividade social. Na realidade, as propostas de

¹⁸¹ Sobre o cenário da crise em relação à teoria do bem jurídico, ver, por exemplo, a análise conclusiva de WOLHLERS sobre as jornadas de Moritzburg, WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 403 e ss. Cf. HEFENDEHL, Roland. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 409 e ss.

definição do conceito de bem jurídico oscilam entre um rigor clássico que impede integrar novas normas penais e uma amplitude que inutiliza o conceito para um discurso crítico.

Nesse tópico, pretende-se apresentar esse processo pendular entre os argumentos defensivos e aqueles que se apresentam descrentes quanto à capacidade de rendimento do bem jurídico em conferir legitimidade às incriminações, especialmente diante de bens jurídicos *pós-modernos*. Serão apresentadas as principais posições teóricas atuais, tendentes a estabelecer novos parâmetros para a delimitação dos bens jurídicos, demonstrando que essa oscilação e também, como se verá, a relativização do conceito de bem jurídico, no cenário da crise, já apontam a necessidade de se eleger, no tópico subsequente, um caminho metodológico, capaz de estabelecer a teoria do bem jurídico-penal como um importante referencial crítico para a análise da legitimidade das incriminações ambientais.

Enquanto STRATENWERTH, por exemplo, apresenta uma postura mais cética em relação à teoria do bem jurídico, pois a busca pelo seu conceito, segundo o autor, que seja aplicável a todos os tipos de delito e ainda apresente algum conteúdo, é um problema simplesmente insolúvel,¹⁸² há autores, como JAKOBS e MÜSSIG, que se fundamentam no funcionalismo sistêmico para rechaçar o potencial crítico da teoria, levando-se em conta a satisfação das expectativas sociais e o significado comunicativo da conduta.

Por outro lado, na tentativa de densificar o conteúdo do bem jurídico, elevando e vinculando o objeto de tutela penal a um *status* de “categoria material” da prática (política criminal legislativo-dogmática), os penalistas da Escola de Frankfurt,¹⁸³ dentre os quais se

¹⁸² STRATENWERTH, Günter. *Sobre o conceito de “bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112. Em linhas gerais, o penalista alemão entende que a lesão ao bem jurídico separada da conduta humana não pode constituir o ilícito, porque justamente o que constitui a lesão ao bem jurídico é a conduta humana. Nesse sentido, a lesão ao bem jurídico em si, que seria independente da ação que a provoca, se mostra com isto, em grande medida, como uma quimera, como um produto da dogmática que não se corresponde com nenhuma realidade, STRATENWERTH, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer. 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 35 e ss.

¹⁸³ Não obstante a dificuldade de se encontrar elementos teóricos ou enfoques comuns entre os diversos autores que são incluídos normalmente nesta escola, na qual convivem autores abolicionistas, como LÜDERSEN e ALBRECHT, com autores reducionistas ou minimalistas, como HASSEMER, NAUCKE, PRITTWITZ, HERZOG, KARGL, e ainda haja uma relutância a respeito da existência de tal escola, vê-se um contorno específico de crítica ao direito penal, um ceticismo ante sua capacidade de resposta, uma recordação constante de seu potencial de terror e abuso, afirmando ao mesmo tempo o domínio incondicionado do direito em seu interior, de modo que cada um dos “membros” coloca seu acento tônico, embora as críticas comuns não sejam exclusivas da “escola”, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernado. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”*. *Notas sobre a política criminal no início do século XXI*. Revista *Liberdades*, n. 7, maio/ago, 2011, p. 26.

destaca HASSEMER, reafirmam a necessidade de realizar elaborações teóricas acerca do desenvolvimento das estruturas sociais e dos problemas da contemporaneidade, reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e mantendo a teoria do bem jurídico como o seu núcleo negativo e crítico.¹⁸⁴

Os autores defendem que o princípio da proteção de bens jurídicos é um princípio negativo, limitador do direito penal, uma vez que toda cominação penal deve referir-se a uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico. Para tanto, reforçam a importância de um resgate dos princípios clássicos da filosofia do direito penal, da política criminal e da dogmática, apoiando a ingerência penal apenas sobre a base da conduta humana, rechaçando qualquer vínculo com o direito penal a proteção de tendências gerais, certas formas de vida e convicções morais, a fim de buscar objetos de proteção com o maior grau de definição possível.¹⁸⁵

A acentuação das críticas ao direito penal, sobretudo as advindas de Frankfurt, encontram respaldo diante de problemas específicos surgidos com o desenvolvimento social, pois em face da configuração de uma sociedade de riscos, o direito penal com características tradicionais parece tornar-se um sonho cada vez mais distante, pois se transformou, na realidade, em um instrumento (funcional) de controle social e de seguridade interior, cuja legitimação se relaciona com sua capacidade de oferecer respostas eficazes aos discursos sociais do tempo presente.¹⁸⁶

O princípio da proteção do bem jurídico transformou-se, portanto, em um potencial crítico para aferição de uma correta legislação penal, apresentando-se adverso a uma tutela penal moralista e a uma criminalização abrangente, estando mais voltado para garantia da liberdade e da proteção do acusado.¹⁸⁷ Nesse sentido, assim como a prevenção por intimidação e a ressocialização, a teoria do bem jurídico permanece no centro de gravidade de uma teoria do direito penal voltada às consequências, entrelaçada pelas ciências sociais,

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. *Bienes jurídicos en el derecho penal*. In: Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005, p. 67; FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 137. Para uma visão panorâmica acerca das críticas formuladas pelos professores de Frankfurt no contexto de uma “*desintegração que experimentam os princípios político-criminais de garantia*”, vide a coletânea ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *La insostenible situación del derecho penal*. Estudios de derecho penal, n 15. Granada: Comares Ed., 1999.

¹⁸⁵ HASSEMER, op. cit., p. 63.

¹⁸⁶ Uma análise mais acurada da sociedade de riscos e os seus reflexos para o direito penal será desenvolvida no capítulo 2.

¹⁸⁷ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. *RBCCRIM*, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994, p. 52-53.

as quais cumpriam uma função primordial de orientação metodológica, com critérios de racionalidade e correção, de relevância e de justificação.¹⁸⁸

HASSEMER, contudo, registra que o direito penal voltado às consequências apontou sinais de desgaste em face do fenômeno da *Dialética da Modernidade*, tornando-se contraproducente e anacrônico.¹⁸⁹ A proteção de bens jurídicos, de um princípio negativo, transformou-se em um princípio positivo de criminalização, o que demonstra que o sistema penal passou a realizar um papel de política interna ou de segurança pública, rejeitando sumariamente a indagação crítica sobre sua aptidão instrumental, desvencilhando-se dos princípios liberais. Surgiu uma necessidade de providências em diferentes áreas, consistentes em novas fontes de riscos, acarretando a criminalização de delitos cujas vítimas tornaram-se difusas, motivo pelo qual a teoria do bem jurídico ressurgiu em um ambiente de crise, com uma legitimidade aparente, porém com um vazio de conteúdo, deixando de ser um critério relevante para uma correta interpretação do direito penal.¹⁹⁰

Nesse ambiente de crise, HASSEMER persiste em delimitar o direito penal a partir de um conceito de bem jurídico pré-positivo e pessoal, restrito à proteção de interesses diretos ou indiretos do indivíduo, enunciando três requisitos para a satisfação de um conceito pessoal produtor de bem jurídico: (a) a adequação da noção de bem jurídico à realidade, ensejando uma integração inteligente no sistema de bens jurídicos das condições de vida da moderna socialização, sobretudo no que se refere a interesses universais; (b) a seletividade e nitidez do conceito de bem jurídico como limites à intervenção na liberdade de atuação humana e (c) o conceito de bem jurídico deve facilitar o controle democrático do legislador.¹⁹¹

¹⁸⁸ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. RBCCRIM, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994, passim.

¹⁸⁹ HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, ADPCP, Tomo XLV, Fasc. I, Enero-Abril, p. 235 e ss.

¹⁹⁰ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires, Depalma Ed., 1989, p. 279 e ss. Sobre esse aspecto, ver também HASSEMER, *História...*, cit., p. 63; PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 157 e ss; HEDENDEHL, Roland. *De largo aliento: el concepto de bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 459.

¹⁹¹ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 104; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 266-267.

A crise do conceito de bem jurídico encontra também em ROXIN a sua razão de ser. Grande defensor do princípio da proteção de bens jurídicos como limite a intervenção punitiva do Estado, o autor tem reformulado a sua opinião nos últimos anos, deixando de lado algumas controversas sobre a teoria do bem jurídico, a partir da análise do atual confronto teórico que a circunscreve. O penalista alemão assevera que nenhuma das deduções relativas ao termo “bem jurídico” verificadas ao longo da história jurídico-penal foi fundamento suficiente de uma teoria limitativa do direito penal.¹⁹²

A ideia de limitar a faculdade de punir do legislador por meio do conceito de bem jurídico se tornou um objeto relevante da discussão político-reformista após a Segunda Guerra Mundial, período em que ROXIN passa a influenciar de forma decisiva os projetos de reforma do Código Penal alemão, como o de 1966, que limitou a finalidade da pena à “proteção de bens jurídicos”,¹⁹³ e o projeto de 1968, com reflexos significativos na reforma de 1973, cuja tônica foi o programa à “penalização de comportamentos socialmente danosos graves”, com impactos no direito penal sexual.¹⁹⁴

ROXIN busca um conceito de bem jurídico crítico à legislação, cuja base histórica remonta o pensamento jurídico-racional da Ilustração, que serve de fundamento à forma do Estado Democrático de Direito. A concepção do contrato social desenvolvida pela teoria do Estado do Iluminismo previa a transferência do poder de punir dos cidadãos ao Estado, somente na medida em que isso fosse necessário para uma convivência pacífica, livre e respeitadora de seus direitos humanos.¹⁹⁵ Nessa linha, o autor defende que uma teoria do

¹⁹² ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181.

¹⁹³ O projeto alternativo alemão de 1966, do qual ROXIN foi coautor, e que pretendia opor-se ao projeto do governo de então com um política criminal alternativa moderna rezava, programaticamente, no art. 2º, § 1º: “As penas e as medidas de segurança servem para a proteção de bens jurídicos e à reinserção do autor na comunidade jurídica, ROXIN, CLaus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 12.

¹⁹⁴ Idem, 2011, p. 183; Idem, 2009, p. 12; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2 ed. Alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 52-53.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 185; ROXIN, CLaus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 17. ROXIN conta com vários adeptos na recente literatura quanto a essa premissa fundamental em sua teoria. SCHÜNEMANN, por exemplo, defende também que a ideia fundamental da limitação do direito penal deriva do conceito de contrato social, que ao longo dos últimos 250 anos tem sido repetidamente aceito, chegando à contemporaneidade com a necessidade de se desenvolver a sua máxima eficácia, SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites*

bem jurídico constitucionalmente fundada hoje tem mais que recorrer às conquistas do Iluminismo no campo da teoria do Estado do que às concepções jurídico-penais da época, pois diante da conquista do Estado Democrático de Direito e dos princípios constitucionais, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos, ao definir bens jurídicos como “*dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduos*”.

Nessa ordem de ideias, vê-se que os argumentos de ROXIN passam a consubstanciar uma concepção pessoal do bem jurídico, aproximando-se da linha teórica desenvolvida pelos autores de Frankfurt. O autor expressa com clareza essa posição ao abordar o seu conceito de bem jurídico, afirmando que:

La definición propuesta designa un concepto personal de bien jurídico como el que hace más de treinta años desarrollaron por vez primera RUDOLPHI, MARX y HASSEMER, de forma similar y conforme con el concepto propuesto por el Proyecto alternativo. Tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Éstos, sin embargo, sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual.¹⁹⁶

Nessa linha, o autor enumera algumas restrições de punibilidade derivadas de um conceito pessoal de bem jurídico como, por exemplo, a posse de drogas para consumo próprio; a contribuição para uma autocolocação em perigo responsável; a figura da

constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 203. No mesmo sentido, STERNBERG-LIEBEN, quando sustenta que o direito penal forma uma parte da função de ordenação levada a cabo pelo Estado e recebe sua legitimação a partir do trabalho realizado para a proteção das circunstâncias sociais que conformam a liberdade do cidadão, STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 106. Nesse aspecto, Díez RIPOLLÉS complementa que a profunda imbricação entre Poder e Direito que hoje fundamenta o exercício dos poderes públicos na consecução de determinados objetivos acaba por originar um notável enriquecimento dos conteúdos do contrato social, não limitado substancialmente a descrever o procedimento acordado que legitima o exercício da força, mas interessado em assegurar determinados fins, os quais transcendem a mera manutenção da ordem ou da paz pública. Desse modo, a introdução de pautas valorativas dentro do sistema político jurídico, cujo nível normativo outorga uma capacidade limitadora ou promotora de atuações dos poderes públicos de tal natureza que se convertem em referências imprescindíveis de toda crítica a realidade social vigente e dos esforços por modificações sociais, Díez RIPOLLÉS, José Luis. *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n. 15, año 10, dez, 1998, p. 15-16.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho pena?* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448.

idoneidade para perturbar a paz pública; casos de leis penais simbólicas.¹⁹⁷ Esses exemplos demonstram que justamente nos casos em que a necessidade da pena é controversa, o conceito de bem jurídico crítico à legislação oferece bases racionais para a argumentação, enquanto que uma renúncia a este instrumento leva a uma desorientada aleatoriedade.¹⁹⁸

Não obstante esse sólido desenvolvimento teórico formulado pelo penalista de Munique ao longo das últimas décadas, mais recentemente, em face das criminalizações de bens característicos de uma sociedade tecnocientífica, os chamados bens de terceira geração, cujo foco é centrado em uma massa não definida, o autor tem relativizado a sua opinião, sustentando a existência de pressupostos mutáveis em sua teoria, muito embora não haja nenhuma modificação no fato de que a exigência de uma lesão à bem jurídico, numa dada situação concreta e no âmbito de uma dada ordem constitucional, pode dar diretrizes bem concretas à legislação penal.¹⁹⁹

ROXIN, mudando a sua posição, passa a defender nos últimos anos que o direito penal moderno deve superar os limites do princípio personalista da proteção de bens jurídicos, principalmente no tocante a possibilidade de vida das gerações futuras, por meio da conservação do meio ambiente (base vital das gerações futuras), concebendo a conservação da natureza em sentido lato, incluindo a conservação de animais e plantas, reservas de preservação natural (diversidade da natureza), entendidas como possíveis finalidades do direito penal.²⁰⁰ Embora muitas medidas de proteção à natureza possam ser compatíveis com o conceito pessoal de bem jurídico, haveria casos em que a preservação de certas espécies de animal ou de planta não poderia mais ser explicada com referência a

¹⁹⁷ ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 187-188; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2 ed. Alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 58 e ss.

¹⁹⁸ A ausência dessas bases racionais é verificada na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que recusa a lesão a um bem jurídico como pressuposto de punibilidade de um comportamento e, com isso, manteve em três casos especialmente controvertidos uma punibilidade que deveria ter sido eliminada: nos casos de homossexualismo entre adultos (*BVerfGE* 6, 329 e ss); da posse de pequenas quantidades de produtos de *cannabis* (*BVerfGE* 90, 145 e ss.) e da conjunção carnal entre irmãos (*NJW* 2008, 1137 e ss), *Idem*, 2011, p. 188.

¹⁹⁹ Em posição semelhante, HEFENDEHL admite que apenas em casos excepcionais muito limitados, um tipo penal pode não proteger um bem jurídico, sem necessariamente ser constitucional ou politicamente ilegítimo, como no caso de penalização da infração de representações de valor ou de conduta homogêneas enraizadas na sociedade, carente de efeitos danosos, HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 191.

²⁰⁰ ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 206 e ss.

necessidades humanas, mas apenas com base na finalidade de preservar a natureza por ela mesma.²⁰¹

Nesse aspecto, ROXIN expande o princípio da proteção de bens jurídicos para legitimar novas medidas de proteção, pois a destruição da base vital de gerações futuras, bem como o extermínio de animais e plantas e a lesão de elementos da natureza representariam um dano efetivo e grave, ainda que a sua lesão não afete de modo direto as condições de vida das pessoas hoje vivas. Contudo, considerando que os bens jurídicos em tela guardam relação estreita com interesses e necessidades humanas e ambos tenham fundamento explícito na Constituição, o direito penal não poderia ignorar a necessidade de sua proteção.²⁰²

Portanto, diante das dificuldades em se estabelecer de forma segura os limites da teoria pessoal do bem jurídico e em face da recepção constitucional da ideia de proteção de bens jurídicos como critério de legitimidade da intervenção penal, ROXIN ainda admite que a teoria do bem jurídico somente persistirá como critério legitimador do direito penal moderno se for necessariamente revista, pois o que se verifica é que as condutas incriminadas passam a estar localizadas muito distantes de uma autêntica lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos.²⁰³

Utilizando da mesma racionalidade funcional do professor de Munique, preordenada, mesmo que com claras exceções, à salvaguarda e proteção de bens jurídicos fundamentais, relacionados às dimensões e liberdades fundamentais da pessoa humana, COSTA ANDRADE desenvolve o conceito de *dignidade penal* e *carência de tutela penal*, refletindo de modo significativo no seu entendimento acerca da teoria do bem jurídico. A *dignidade penal* pode ser traduzida em um *juízo qualificado de intorabilidade social*, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade. No plano trans-sistemático, a dignidade penal assegura a eficácia ao mandado constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal; no plano axiológico-teleológico, o juízo de dignidade penal

²⁰¹ ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 207.

²⁰² Ibid., p. 208-209.

²⁰³ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho pena?* In: HEFEDENHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 454; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 271.

privilegia a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos; por fim, no plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e atualiza o postulado, segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica.²⁰⁴

Todavia, segundo o penalista português, a *dignidade penal* de uma conduta não decide, por si só e de forma definitiva, a questão da criminalização. Além da legitimação negativa, favorecida pela *dignidade*, seria preciso acrescentar a legitimação positiva, mediatizada pelas técnicas de tutela e favorecida pelo conceito de *carência de tutela penal*. Tal conceito expressa o princípio da subsidiariedade e de *ultima ratio* do direito penal, permitindo-se analisar, num duplo e complementar juízo: um juízo de *necessidade*, por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal e um juízo de *idoneidade* do direito penal em assegurar a tutela.²⁰⁵

HEFENDEHL, também compartilhando das premissas desenvolvidas por ROXIN, submete a teoria do bem jurídico a uma revisão crítica, orientado por um enfoque interdisciplinar, ao considerar os processos políticos no quais o direito penal é desenvolvido, bem como diretrizes sociológicas que permeiam a temática. O autor, porém, desvincula-se de uma teoria pessoal do bem jurídico para estabelecer uma *teoria social do bem jurídico*, considerando o objeto que deve ser protegido, bem como o seu titular.²⁰⁶

Em linhas gerais, HEFENDEHL sustenta que uma teoria social do bem jurídico é plenamente compatível com a finalidade do direito penal, ao conceber o bem jurídico como um dado prévio ao direito penal, e não por ele criado. O autor entende, por exemplo, ser inviável uma linha demarcatória entre bens jurídicos individuais e coletivos, visto que alguns bens individuais podem ser adquiridos com o nascimento e outros que podem ser adquiridos e perdidos em razão da ordem jurídica e social.²⁰⁷ Essa tese demonstra a necessidade de um enfrentamento específico quanto às diferenças de legitimação existentes entre grupos de bens jurídicos supraindividuais, como pressuposto para a construção de uma teoria social do bem jurídico, que não deve se concentrar apenas nos bens jurídicos

²⁰⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências como referências de uma doutrina teleológico-funcional do crime*, RPCC, ano 2, fasc. 2, abr.-jun., 2002, p. 184.

²⁰⁵ Ibid., p. 186.

²⁰⁶ HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*, RBCCRIM, ano 18, n. 87, nov.-dez, 2010, p. 112 e ss.

²⁰⁷ Ibid., p. 112.

persoais, mas estender a perspectiva também para as chances de participação que cabem à sociedade e a seus membros.²⁰⁸

Importante também é a posição de KINDHÄUSER, ao entender que os bens jurídicos podem ser definidos, à luz de uma autonomia comunicativa, como qualidade das pessoas, coisas ou instituições, as quais facilitam ou asseguram a participação livre e igualitária em um acordo normativo, de modo que não são peças de museu, senão características das pessoas, coisas e instituições na vida social.²⁰⁹ Tal definição se ajusta a critérios de uma culpa material, inseridos em um contexto democrático, em que a integração social é um processo aberto à formação de opiniões. A autonomia comunicativa e a lealdade comunicativa passam a ser critérios decisivos na delimitação material do injusto, pois o direito não é uma imagem mais ou menos deformada de um direito justo e ultrapositivo, mas está fundado em um acordo discursivo presente no seio social, sendo criado e melhorado pelo entendimento dos cidadãos.²¹⁰

ALCÁCER GUIRAO também realça a funcionalidade do bem jurídico, enquanto um estado, objeto ou instituição positivamente valorada, para o desenvolvimento da liberdade da pessoa na sociedade através da cooperação intersubjetiva.²¹¹ Ao contrário dos postulados liberais defendidos pelos penalistas de Frankfurt, o autor entende pela existência de uma prioridade axiológica em se proteger as gerações futuras, de modo que para a manutenção das condições essenciais ao desenvolvimento da liberdade do cidadão, é necessária a criação e a proteção de determinadas realidades sociais de caráter público, a

²⁰⁸ HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*, *RBCCRIM*, ano 18, n. 87, nov.-dez, 2010, p. 119-120. A sistematização dos bens jurídicos supraindividuais, especialmente os ambientais, e as diferenças de legitimação entre esses bens serão analisadas no capítulo 3 deste estudo.

²⁰⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 55; KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: Ara Editores, 2008, p. 51.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 52. O autor sustenta que o direito penal, ou a própria função da pena, deve servir apenas de forma mediata à proteção de bens jurídicos, visto que o objeto imediato da proteção jurídico-penal é o bem jurídico-penal, o que implica a pressuposição de que, entre a norma de sanção, que determina as condições de punibilidade, e a norma de comportamento, que promove a proteção de bens jurídicos, inexistente qualquer harmonia preestabelecida, muito menos qualquer identidade, KINDHÄUSER, Urs. *Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos*, *RBCCRIM*, ano 20, vol. 95, mar.-abr, 2012, p. 86-87.

²¹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4-8, 2002, p. 24. Disponível em: http://www.criminet.ugr.es/recpc_04-08.html. Acesso em: 26 mar. 2012.

partir do interesse comum de todos os cidadãos na sua manutenção, haja vista a amplitude das relações de participação existentes.²¹²

Nesse aspecto, BUSTOS RAMÍREZ propõe uma reordenação dos bens jurídicos, a partir de novas entidades merecedoras de proteção por meio do direito penal. Não se tratam de relações básicas dentro do sistema, configuradoras da ordem social e fundamentais para cada membro da sociedade, mas relações referidas ao próprio funcionamento do sistema.²¹³ Os bens jurídicos aparecem como sendo relações sociais, nas quais se inter-relacionam sujeitos e o próprio Estado, com um caráter múltiplo e amplo, sempre numa relação de complementação com bens jurídicos propriamente individuais, ou seja, numa relação teleológica com os bens que constituem as bases e condições da vida de cada um dos membros da sociedade, permitindo assegurar a liberdade e a igualdade material desses sujeitos.²¹⁴

Trilhando o mesmo raciocínio, BECHARA entende que se está cada vez mais diante de interesses desmaterializados, fundamentalmente no que se refere aos bens jurídicos supraindividuais, pleiteando-se a necessidade de uma realidade normativa em face de interesses desmaterializados, assim como normativa deve ser também a análise de sua ofensividade.²¹⁵ Como já destacado neste estudo, a autora conclui, portanto, que no contexto de um sistema aberto,²¹⁶ o bem jurídico ganha contornos mais públicos, mantendo-se como um padrão crítico irrenunciável pelo qual se deve aferir a legitimidade da intervenção penal.²¹⁷

Nesse fluxo de ideias, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, define-se o bem jurídico como uma *síntese normativa concreta de um interesse*, devendo encontrar os seus pressupostos na realidade social, de modo que o indivíduo seja colocado em uma

²¹² ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 4-8, 2002, p. 22. Disponível em: http://www.criminet.ugr.es/recpc_04-08.html. Acesso em: 26 mar. 2012.

²¹³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes colectivos*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junho, 1986, p. 158.

²¹⁴ Ibid., p. 159 e ss.

²¹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 277.

²¹⁶ Em outros dizeres, se a proteção do bem jurídico persiste como sendo a missão do direito penal, há de se reconhecer a existência de uma sociedade aberta, de modo que os bens jurídicos passam a estar ínsitos nas normas através desses valores, os quais expressam interesses suscetíveis de universalização, CHAVES CAMARGO, Antônio Luís. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 125 e ss.

²¹⁷ BECHARA, op. cit., p. 279.

posição central, devendo ser tomado em sua dimensão comunicativa ou inter-relacional, e não meramente liberal, considerando-se seus interesses de livre desenvolvimento por meio da participação na vida social.²¹⁸ Noutros dizeres, para avaliar a capacidade crítica do bem jurídico-penal é necessário uma real compreensão da realidade social, pois o bem jurídico, em nenhum momento, pode perder sua materialidade, isto é, se desvincular de suas concretas formas de manifestação, devendo ser englobado como chances ou oportunidades de participação social.²¹⁹

BOTTINI compartilha do entendimento, ao conceber o bem jurídico como um destacado instrumento crítico limitador da expansão do direito penal, devendo ele ser preenchido de sentido, de materialidade, ao ser penetrado pelos discursos e interesses, decorrentes dos debates que são permeados por demandas dos grupos sociais interessados na fixação da pauta no ilícito, flexibilizando o seu conceito material e tornando-se fluído o seu conteúdo.²²⁰ Tal raciocínio permite o autor defender que para a identificação de bens passíveis de proteção penal, a construção de um critério mais sólido para a identificação de bens passíveis de proteção penal deve ser realizada sob uma ótica funcional. Todavia, esse processo de identificação deve necessariamente encontrar lastro no conjunto de condições necessárias para a autodeterminação do indivíduo, isto é, na dignidade humana.²²¹ A preservação da dignidade humana exigiria, inclusive, a tutela penal de bens coletivos, pois os elementos inerentes ao funcionamento da sociedade não são de titularidade dos indivíduos, mas de toda a coletividade.²²²

SILVEIRA, muito embora reconheça que não há unanimidade quanto aos predicados do bem jurídico, entende que a perda do seu referencial pode trazer mais problemas do que soluções. Sendo assim, jamais se pode perder de vista o ponto de partida constituído na reflexão sobre o bem jurídico, principalmente no âmbito de um novo direito penal, através do qual se busca uma resposta à complexidade e à insegurança da vida moderna, permitindo a perda do referencial de lesividade quando não se percebe uma lesão a um

²¹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 141-142.

²¹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n. 15, año 10, dez, 1998, p. 25; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 143.

²²⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 179-180. No mesmo sentido, REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 41.

²²¹ BOTTINI, op. cit., p. 181.

²²² Ibid., p. 183.

bem jurídico definido materialmente.²²³ Nesse aspecto, sob a ótica dos bens jurídicos supraindividuais, o autor também aproxima de uma leitura funcionalista do direito penal, tendo também como parâmetro os fundamentos básicos de proteção à dignidade humana, isto é, a legitimidade da proteção de bens jurídicos supraindividuais somente é possível, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa.²²⁴

COSTA, do mesmo modo, entende que o bem jurídico deve ser fortalecido diante das novas conformações do direito penal contemporâneo, pois todas as propostas de abandono ou substituição da ideia de bem jurídico não tem demonstrado sucesso em oferecer respostas mais satisfatórias e que consigam limitar a esfera de atuação penal.²²⁵ A autora entende, a partir de uma leitura personalista, que para que o bem jurídico exerça uma função crítica, capaz de ser utilizado como limite e não como legitimação de novas incriminações, ele tem de ser definido a partir da necessidade essencial para o desenvolvimento da pessoa humana.²²⁶

GRECO, no contexto da crise, acrescenta que o reconhecimento de exceções à ideia de bem jurídico como condição necessária para as incriminações não acarreta necessariamente o enfraquecimento da teoria, mas um fortalecimento, pois permite demarcar com precisão em que ponto se está utilizando o direito penal para tutelar interesses que já não são referíveis ao homem e ao sistema social existentes, impondo àquele que defende tal incriminação um forte ônus de fundamentação. Desse modo, para o autor, o bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação, sendo possível estabelecer exceções, como nos crimes de maus-tratos a animais.²²⁷

Nesse amplo contexto, apesar de existirem posicionamentos radicais de verdadeira descrença no bem jurídico como critério de legitimidade, verifica-se uma tendência da doutrina nacional e estrangeira em conferir à teoria do bem jurídico uma capacidade crítica necessária para, ao menos, possibilitar uma análise de legitimidade das incriminações,

²²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 54-55; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 159 e ss.

²²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 56 e ss.

²²⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15.

²²⁶ Ibid., p. 16 e ss.

²²⁷ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, *RBCCRIM*, n. 49, jul.-ago, 2004, São Paulo, p. 110-111.

principalmente as de cunho supraindividual. Nesse ambiente de crise, deve-se certamente estabelecer uma análise crítica dos diversos fundamentos que utilizam a teoria do bem jurídico como critério de legitimidade, mas que, na verdade, oscilam: (i) entre um *rigor clássico*, prendendo-se a interesses individuais, desprestigiando a capacidade da teoria em funcionar como filtro crítico das incriminações supraindividuais; (ii) entre uma *posição intermediária*, que confere legitimidade a tutela penal de interesses coletivos, porém com referência direta ou indireta a direitos individuais da pessoa humana; e, por fim, (iii) entre um *posicionamento crítico*, que situa os bens jurídicos supraindividuais no contexto das relações sociais, os quais passam a ser definidos a partir de uma interação comunicativa, assegurando uma participação livre e igualitária dos indivíduos por meio de um acordo normativo.

Nesse sentido, essa investigação parte dessas três ordens de fundamentação. O desafio será avaliar qual delas permite, com mais clareza e substancialidade, um enfoque crítico quanto à legitimidade das incriminações ambientais. Antes de enfrentar propriamente os bens jurídicos ambientais em si, dentro de um contexto social mais amplo, convém, ainda nesta primeira parte do estudo, eleger entre os fundamentos elencados, o mais apto a permitir uma postura crítico-reflexiva em relação à legitimidade da tutela penal supraindividual no contexto de um Estado Democrático de Direito. É o que se pretende a seguir.

1.5 Bens jurídicos supraindividuais e a delimitação material do delito no Estado Democrático de Direito

Estabelecidos os elementos históricos que circunscrevem a teoria do bem jurídico e considerando as principais posições contemporâneas acerca do seu conceito e a sua função, é preciso estabelecer os substratos mínimos da teoria, que sejam capazes de construir um instrumento crítico de análise das incriminações no contexto do Estado Democrático de Direito. Considerando os limites dessa investigação, não se tem o objetivo de chegar a uma convenção terminológica sobre o conteúdo do bem jurídico,²²⁸ ao revés, este trabalho, por

²²⁸ Convém registrar que a dispersão conceitual hoje existente em torno da teoria do bem jurídico, camuflada por uma aparente divergência de fundamentos, induz a crer na existência de posturas antagônicas e inconciliáveis, quando, em verdade, as dissidências dogmáticas se vinculam mais com questões

uma opção metodológica, consubstancia uma tentativa de eleger algumas bases sobre as quais a teoria pode se assentar, de tal maneira que exerça uma função crítica na análise da legitimidade das incriminações ambientais.

O desafio está em manter a teoria do bem jurídico-penal como padrão crítico e critério legitimador das incriminações supraindividuais, especialmente quanto aos bens ambientais, o que por si só já faz surgir grandes celeumas, haja vista os impactos no próprio entendimento estrutural do direito penal contemporâneo.²²⁹ Sendo assim, para que a teoria do bem jurídico exerça essa função crítica, capaz de viabilizar uma análise sobre a legitimidade de determinadas incriminações, é preciso estabelecer pressupostos mínimos, a fim de que teoria possa cumprir tal desiderato.

Se as reflexões necessariamente devem encontrar lastro no contexto de um Estado Democrático de Direito, é a partir dele que esses pressupostos devem ser analisados. Dito de outra maneira, deve-se verificar, assim como a reflexão já proposta por MIR PUIG, até aonde deve chegar a intervenção de um direito penal democrático para proteger novos interesses coletivos ou sociais, considerando que estão difundidos entre as amplas camadas da população.²³⁰

As teorias constitucionais do bem jurídico, que tanto influenciaram diversos autores, de diferentes países, inclusive do Brasil, poderia ser um critério plausível de legitimidade de qualquer incriminação em um Estado Democrático de Direito. Considerando a relevância dos textos constitucionais a partir do pós-guerra, a hegemonia axiológica dos princípios constitucionais, sob o prisma do *pós-positivismo*, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, inspirada por uma teoria da justiça, e uma completa teoria dos direitos fundamentais fundamentada no conceito de dignidade humana, tem-se que os valores constitucionais poderiam preencher de conteúdo os bens jurídicos, de modo que a Constituição seria apta a definir tais bens, pois além dessas características do constitucionalismo contemporâneo, o texto constitucional passa a materializar a vontade

terminológicas e de linguagem, do que com questões de conteúdo. Nesse sentido, cf. FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 86.

²²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A construção do Bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n. 122, p. 14-15, jan. 2003.

²³⁰ MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 161.

dos membros da sociedade, expressando de forma hierarquizada os interesses que se consideram essenciais para o funcionamento do sistema social.²³¹

Contudo, se partirmos da premissa que o potencial crítico-sistemático da teoria do bem jurídico não vem predeterminado através do conceito próprio de bem jurídico, de modo a permitir que o legislador utilize-o como critério decisório plausível e aplicável, como faz crer HASSEMER,²³² é possível afirmar, com WOHLERS, que para que a teoria do bem jurídico possa exercer uma função crítica, são precisos parâmetros externos, capazes de enriquecê-lo teórico-socialmente. Assim, permitir-se-ia a deslegitimação de tipos penais, que, medidos por padrões de racionalidade de cada entorno social, exigem uma impossibilidade fática ou não são, em absoluto, dignos de proteção jurídica.²³³

Por esse motivo, WOHLERS entende que a esperança de poder solucionar os problemas fundamentais do direito penal através de uma prolongação da teoria do bem jurídico no direito constitucional é enganosa, pois os parâmetros não são suficientemente claros, além de haver dúvidas quanto à possibilidade do princípio da proporcionalidade poder efetivamente derivar critérios concretos para determinar quais comportamentos podem ser punidos.²³⁴

A dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF), traduzido em todo e qualquer interesse humano fundamental, pode ser capaz também de preencher de conteúdo qualquer bem jurídico, sobretudo se considerarmos as diversas facetas do conceito. A dignidade humana pode ser um conceito produtor no cumprimento desse objetivo, sobretudo se a concebermos como um valor comunitário, ao realçá-la em sua dimensão social, seja pelo compartilhamento de crenças,

²³¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 375.

²³² HASSEMER defende a teoria de uma discricionariedade legislativa em direito penal, pois, considerando a amplitude e a complexidade da margem de manobra do legislador, a teoria do bem jurídico, ao contrário de formular um mandado de criminalização ou cominação penal, poderia ensejar a proibição de criminalização quando não se pode encontrar um bem jurídico, HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 100-101.

²³³ WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.) *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 403-404.

²³⁴ SILVA SÁNCHEZ demonstra-se também descrente na possibilidade da Constituição ser um ponto de referência para a concreção dos objetos de proteção penal, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 273-274. No mesmo sentido, vide as críticas em MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 163 e ss.

interesses e compromissos, seja pela imposição de normas estatais, vinculadas a proteção de bens jurídicos supraindividuais.

Nesse aspecto, com o lastro na dignidade humana, seria possível optar pela teoria pessoal do bem jurídico, os quais, em linhas gerais, delimitam o conceito de bem jurídico em um aspecto pré-positivo e pessoal, restrito à proteção de interesses diretos ou indiretos da pessoa humana. De acordo com essa concepção, a noção de bem jurídico deve se adequar à moderna socialização, principalmente no tocante a bens supraindividuais, devendo ser seletiva e nítida, de modo a permitir o controle democrático do legislador.

Ocorre que a teoria pessoal do bem jurídico enfrenta algumas dificuldades em se estabelecer de forma segura, a fim de restringir sua aplicabilidade concreta no exame da legitimidade das normas penais. Diante dos impactos trazidos pela complexidade da sociedade atual, especialmente no tocante a antecipação de tutela de bens jurídicos supraindividuais de cunho econômico, ambiental, tecnológico ou de consumo, por meio da tipificação de crimes de perigo abstrato, sobretudo na forma de crimes cumulativos, nem sempre um interesse humano fundamental estaria na linha de desdobramento de uma conduta que viole um bem supraindividual. Tal dificuldade fez ROXIN, por exemplo, o mais conhecido defensor do bem jurídico, relativizar o conceito, entendendo como possíveis crimes sem bens jurídicos.

Nesse particular, BECHARA entende que uma análise restrita a teoria pessoal do bem jurídico pode ser contraproducente, por não atender à dinâmica social e aos anseios contemporâneos do direito penal, culminando na confusão entre os conceitos de bem jurídico e função.²³⁵ Desse modo, para a autora, no caso dos denominados bens jurídicos supraindividuais, as normas incriminadoras não necessitam trazer expresso um interesse individual material, a fim de que seja considerada legítima, bastando que o interesse supraindividual tutelado guarde concreta *relevância social normativa* referida aos indivíduos, diferenciando-se, portanto, de mera função.²³⁶

Se no âmbito do Estado Democrático de Direito, o Estado deve criar condições sociais que favoreçam efetivamente o desenvolvimento de seus cidadãos, de modo que o sistema social é posto a serviço do indivíduo, e não o contrário, é natural que o direito

²³⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 380.

²³⁶ *Ibid.*, p. 381.

penal encontre novos âmbitos de aplicação, especialmente ligados à esfera supraindividual. Nesse sentido, embora as Constituições tenham assumido um papel relevante em face das instituições democráticas, elas não podem ser consideradas como textos normativos capazes de ordenar a convivência social como uma concessão do Estado, nem se pode pretender que se resuma nestes textos a vida pessoal ou coletiva.

Na medida em que as Constituições expressam a autodeterminação política comunitária, elas encontram-se aptas a exercer apenas um papel de filtro negativo de legitimidade, pois somente após a indagação sobre quais as concretas relações sociais conflitivas cuja proteção pode se dar por meio do direito penal, é que a Constituição responderá de modo seletivo e excludente.²³⁷

Nesse fluxo de ideias, o papel do bem jurídico como padrão crítico e critério de legitimidade pode encontrar fundamentos consistentes a partir de uma análise sociológica e funcional do seu conceito, sem, contudo, aderir a posições radicais, como as esboçadas pelo funcionalismo sistêmico. Ao contrário do que pensa JAKOBS, quando concebe a pessoa humana como um subsistema social, a vida social, por ser mais rica, variada e complexa, permite que a pessoa humana seja protagonista de sua própria vida dotada de autonomia e dignidade. Assim, não é o Estado que está em perigo de ver defraudadas suas expectativas pelas pessoas, pelo contrário, são estas pessoas que podem ver-se defraudadas pelo Estado, quando este se mostra incapaz de garantir às pessoas uma vida em liberdade e a satisfação de suas necessidades básicas.²³⁸

Em JAKOBS, o que é evidente é o estrito formalismo normativista do fundamento, possuindo, portanto, uma posição acrítica frente ao Estado, frente à sociedade. O essencial é a construção de um modelo coerente, sem contradições, em que cada uma das peças se encaixe perfeitamente,²³⁹ o que desemboca em um método de pensamento absolutamente formalizado, alheio da realidade e com capacidade de adaptação em qualquer sistema jurídico.²⁴⁰ Contudo, em um Estado Social e Democrático de Direito, uma teoria do delito

²³⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 381.

²³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 69.

²³⁹ *Ibid.*, p. 70.

²⁴⁰ DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Crítica al funcionalismo normativista*, *RDPC*, 3ª época, n. 3, 2010, p. 23. Sobre as críticas ao funcionalismo sistêmico na defesa de um sistema de direito penal de alternativas, v. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Sentido y función del sistema de derecho penal*, *RPCP*, n. 14. Lima: Idemsa Ed., 2004, p. 58 e ss.

construída a partir de um conceito material de bem jurídico permite fundamentar uma reação social sobre a materialidade do dano social e não sobre a mera desobediência da norma.²⁴¹

Pertinente o enfoque de MIR PUIG quando aponta critérios para a delimitação entre os bens jurídicos merecedores de tutela penal, entendendo serem eles fundamentais no contexto de um Estado Democrático de Direito, quais sejam, a *importância social* e a *necessidade de proteção pelo direito penal*.²⁴² Exigir uma particular importância social para os bens jurídico-penais significa postular a autonomia da valoração jurídico-penal daqueles bens, o que demanda a necessidade de considerá-los como *fundamentais* para a vida social.²⁴³

Eis o desafio. Como conceber um interesse como fundamental? Quais critérios podem auxiliar essa delimitação? MIR PUIG também demonstra ser descrente quanto ao uso da Constituição como referencial axiológico, pois embora o critério seja relevante, ele não é uma espécie de “varinha mágica” como pretendem outros autores. A função da Constituição não seria regular o comportamento dos cidadãos entre si, senão estabelecer as chaves fundamentais do exercício do poder político. O reconhecimento de bens e direitos que se efetua na Constituição são na realidade limites que devem ser respeitados pelo poder público.²⁴⁴

Não se pode conceber que a Constituição imponha ao Estado não somente o dever de respeitar os direitos fundamentais, senão também o de sancionar penalmente sua vulneração. Embora a Constituição reconheça um dado bem, seria evidentemente contrário ao princípio da proporcionalidade protegê-lo penalmente contra todo ataque, mesmo aqueles que gerem uma mínima afetação. É um critério relevante, mas não basta. É preciso perseguir outros critérios, com o escopo de perseguir uma finalidade político-criminal.

Nesse ponto, torna-se útil proceder sempre uma comparação com os bens jurídico-penais que integram o núcleo do direito penal, ou seja, no Estado Social e Democrático de Direito o conjunto social merece igual proteção, quando comparado com a proteção jurídica dos indivíduos? Nesse aspecto, os interesses coletivos teriam importância para o

²⁴¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004, p. 71.

²⁴² MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F Ed., 2006, p. 88 e ss.

²⁴³ *Ibid.*, p. 89.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 90.

sistema social? A partir do interesse comum de todos, é necessária a criação e a proteção de determinadas realidades sociais de caráter público?

Nesse sentido, considerando toda a ordem de valores sobre as questões ambientais, mormente após a “onda” ambientalista verificada na década de 70, tem-se como convincente a tese da necessidade do conceito de bem jurídico ser concebido sob uma ótica funcional, enquanto um estado, objeto ou instituição positivamente valorada, para o desenvolvimento da liberdade da pessoa humana, permitindo, inclusive, a proteção de gerações futuras. Segundo essa tese, é a partir de uma relação teleológica que os bens coletivos (ambientais) podem estar vinculados a bens individuais, permitindo, portanto, que o bem jurídico coletivo ganhe necessariamente contornos mais amplos e, conseqüentemente, mais públicos. Porém, essa abertura do conceito às relações sociais por si só demonstra ser insuficiente.

Em tempos que os interesses sociais encontram-se desmaterializados, o que se comprova nitidamente na seara ambiental, para que o bem jurídico permaneça como padrão crítico e critério de legitimidade de qualquer incriminação tendente a proteger bens ambientais, além de alcançar os seus pressupostos na realidade social, sintetizando a multiplicidade de questões sociais - materializadas, sobretudo, pela opinião pública, que passa a ter uma recorrente postura crítica na defesa dos direitos democráticos - deve ser encontrada, conforme a mencionada tese, uma linha de desdobramento capaz de vincular a tutela penal de um bem coletivo a ofensa de um bem individual. Dito de outra maneira, em um Estado Democrático de Direito, a legitimidade da proteção penal de bens jurídicos supraindividuais somente é possível, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa.

Contudo, em face da amplitude dos interesses envolvidos, surgem as indagações: pode haver um interesse comum muito difundido, que uma vez ameaçado, não afete, necessariamente, o indivíduo isoladamente considerado? Nos termos de uma democracia participativa, a relevância da participação do cidadão acerca dos marcos da convivência social pode ensejar por si só a proteção penal dessa realidade difusa?

O Estado Social e Democrático de Direito não pode desconhecer a significação que por si mesma implica a extensão social de um determinado interesse, e tampouco prescindir de exigir como mínimo uma determinada gravidade na repercussão do interesse

coletivo em cada indivíduo.²⁴⁵ Noutros dizeres, a existência de bens jurídicos coletivos não supõe reconhecer uma liberdade ao legislador para criá-los de modo deliberado, devendo, ao contrário, subordiná-los aos interesses individuais, pois constituem a base do sistema político e jurídico e em sua defesa estarão teleologicamente preordenados.²⁴⁶

De outro lado, nesse aspecto, o fato dos bens jurídicos supraindividuais serem complementares aos individuais não gera a necessidade de que os tipos penais que materializam a sua proteção se dirijam imediatamente ao indivíduo para definir a sua estrutura, sob pena de cair na confusão entre os bens jurídicos supraindividuais propriamente ditos e o seu substrato material, bem como entre a ofensa a esses bens e a produção de um dano, entendido como destruição de um objeto quantificável.²⁴⁷ É preciso considerar, nesse âmbito, as funções sociais desempenhadas por tais bens jurídicos coletivos, numa perspectiva dinâmica, de modo que o conceito de lesão pode ser entendido em um sentido sociológico, e não necessariamente em um viés estritamente naturalístico.²⁴⁸

Os bens jurídicos coletivos surgem quando o ordenamento jurídico protege um valor compartilhado por todos os membros da sociedade, caracterizando-se como uma *síntese normativa* de uma pluralidade de interesses relacionados com a condição de cidadão de cada indivíduo. Nesse sentido, se ao proteger os bens jurídicos individuais o Direito trata de proteger as pessoas dos ataques diretos de outras pessoas, ao proteger bens jurídicos coletivos o Direito trata de proteger as pessoas dos ataques indiretos que outras pessoas podem realizar no exercício de uma atividade útil para o sistema social, estando elas na condição de partícipes do sistema social.²⁴⁹

Nesse sentido, os membros de uma comunidade social, agrupados e vinculados pelo contrato social, não somente se obrigam a respeitar os bens dos outros indivíduos, para que eles respeitem os seus direitos, mas também, estão obrigados a participar do sistema social, para que este funcione e se desenvolva. É neste momento de participação nos sistemas sociais que os indivíduos adquirem a condição de cidadão, de modo que uma das funções

²⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F Ed., 2006, p. 91-92.

²⁴⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 231.

²⁴⁷ Ibid., p. 236.

²⁴⁸ SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos*, ADPCP, tomo LVIII, fasc. III, septiembre-diciembre, 2005, p. 903 e ss;

²⁴⁹ MAYO CALDERÓN, Belén. *Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos*, RPCP, n. 17. Lima: Idemsa, 2005, p. 330-331.

que caracteriza o bem jurídico coletivo é exatamente a promoção ou favorecimento da participação dos indivíduos no sistema.²⁵⁰

Desse modo, em um Estado Democrático de Direito, a proteção penal a bens jurídicos coletivos estaria fundamentada, pois, mediante tal proteção, o indivíduo pode participar com segurança dos processos sociais, estando assegurados todos os seus direitos sociais, econômicos e culturais reconhecidos pelas cartas constitucionais.²⁵¹ Sendo assim, protegendo autênticos bens jurídicos coletivos, compartilhados por todos os cidadãos e estreitamente relacionados a uma ideia de “segurança” coletiva, o legislador poderia decidir qual fragmento da realidade mereceria tutela penal, não necessariamente se vinculando a bens jurídicos individuais, permanecendo estes fora do tipo penal. Nesse caso, protegeriam não os bens portados pelo ser humano individualmente considerado, mas a possibilidade de participação de todos os indivíduos em um dado sistema social.²⁵²

Nesse contexto, assume extrema relevância a posição teórica de BUSTOS RAMÍREZ ao elaborar uma teoria crítica do sistema em relação ao bem jurídico, que parte do pensamento de VON LISZT, para quem as raízes dos bem jurídicos estariam na realidade social, ensejando, portanto, um estudo do homem enquanto ente social e da sua atuação dentro de uma realidade social determinada. O que interessa salvaguardar, então, seriam as relações sociais mesmas, a posição concreta que nela ocupam os indivíduos, sua indeterminação com objetos e entes, sua transformação pela interação social. Sendo assim, os bens jurídicos tendem a plasmar, de maneira concreta, este complexo social real que interessa proteger.²⁵³ Nesses moldes, o bem jurídico surge como um princípio garantidor de caráter cognoscitivo, visto que todo indivíduo e a sociedade toda passa a saber o que se está protegendo com o sistema jurídico e com cada preceito, especialmente o punitivo.

Desse modo, para BUSTOS RAMÍREZ, a origem individualista do bem jurídico, ao girar em torno da pessoa humana, seria incapaz de dar sustentação a atividade do Estado em relação aos objetos de proteção de caráter supraindividual. Se o que interessa proteger são as relações sociais mesmas, as novas entidades supraindividuais, como o ambiente, mereceriam proteção penal, pois são, na verdade, uma articulação de uma vasta exigência

²⁵⁰ MAYO CALDERÓN, Belén. *Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos*, RPCP, n. 17. Lima: Idemsa, 2005, p. 331.

²⁵¹ Ibid., p. 334.

²⁵² Ibid., p. 342-343.

²⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Política criminal e injusto*. Política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. Revista de Direito Penal, n. 30, jul.-dez, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 44.

política de satisfação de necessidades essenciais (e reais) e de participação no processo econômico.²⁵⁴

O posicionamento do penalista chileno permite, portanto, um enfoque crítico sobre a temática que se pretende desenvolver ao longo deste estudo. O desafio em analisar a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico no âmbito do direito penal ambiental, a fim de avaliar os pressupostos necessários para mantê-la como critério de legitimidade das incriminações nesse campo, parte necessariamente deste viés crítico e sistêmico. Na realidade, este é apenas um ponto de partida. Pois, em um Estado Democrático, além de serem considerados os limites de uma democracia participativa, em que os agentes sociais têm a capacidade de saber e avaliar o que se está protegendo pelo sistema jurídico, é preciso investigar em que medida a proteção dessas novas realidades deve se dar pelo direito penal.

Como afirma o próprio BUSTOS RAMÍREZ, nem todo bem jurídico necessita de proteção penal e nem mesmo toda relação social concreta necessita de proteção jurídica. Sendo assim, vários são, pois, os níveis de análise que hão de ser considerados. Em primeiro lugar, os bens jurídicos, a seguir, seus pressupostos explicativos e, finalmente, a necessidade de proteger, mediante uma norma punitiva. Esses três aspectos já anunciam a profunda imbricação entre o injusto penal e a política criminal, permitindo dar um conteúdo material ao injusto e, ao mesmo tempo, estabelecer princípios garantidores.²⁵⁵

Nesse quadro, já é possível antever que não basta que o bem jurídico ambiente tenha importância social para ser protegido pelo direito penal, isto é, os pressupostos encontrados no corpo social que colaboram no preenchimento de conteúdo dos bens jurídicos não são suficientes para legitimar a proteção penal dos interesses envolvidos, muito embora eles mereçam proteção jurídica. Desse modo, são precisos outros critérios valorativos para aferição da legitimidade das incriminações na seara supraindividual, capazes de delimitar o verdadeiro conteúdo do bem jurídico-penal, excluindo, portanto, todos os demais interesses que podem ser tutelados por outros ramos do direito.

²⁵⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes colectivos*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986, p. 151-152.

²⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Política criminal e injusto*. Política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. Revista de Direito Penal, n. 30, jul.-dez, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 45.

SILVA SÁNCHEZ demonstra a necessidade de integrar em uma só ideia os aspectos da referência individual e de danosidade social, afirmando que o objeto de proteção jurídico-penal necessariamente deve expressar as condições que possibilitem o desenvolvimento do indivíduo, através de sua participação na vida social. Com base em CALLIESS, o autor entende que a danosidade social das infrações penais deve incidir na esfera de liberdade dos indivíduos, privando-os dos meios de participação social.²⁵⁶

A discussão atual para SILVA SÁNCHEZ não está centrada sobre a punição ou não de condutas lesivas a valores morais, senão sobre qual proteção específica se faz necessária (civil, penal, administrativa), de modo que os critérios de delimitação do objeto que deve ser protegido pelo direito penal são decisivos, juntamente com os parâmetros político-criminais, que permitem analisar criticamente os processos de incriminação ou descriminalização. É preciso avaliar, segundo o autor, a necessidade da proteção penal (utilizar a intervenção penal mínima), bem como o merecimento da proteção penal (importância do bem e a gravidade intrínseca do ataque).²⁵⁷

Nesse cenário, o *princípio da ofensividade* assume uma importância peculiar, pois embora o conceito de bem jurídico não coincida com o *princípio da ofensividade*, ambos estão intimamente relacionados na busca de limitação e, conseqüentemente, da legitimidade do direito penal. Portanto, bem jurídico e ofensividade passam a ser as molduras mínimas das decisões político-criminais, capazes de impor limites críticos fundamentais ao direito penal.²⁵⁸ Sendo assim, impõe-se a necessidade de estabelecer, em dado momento deste estudo, as principais bases do *princípio da ofensividade*, a fim de apontá-lo como um critério decisivo, sobretudo no plano interpretativo, *ex post*, concebida, nesse caso, como *cânone hermenêutico-aplicativo*.²⁵⁹

Nesse amplo contexto, vê-se que a forma de abordar a ciência e o método jurídico-penais sob um ponto de vista histórico permite, deveras, verificar inúmeras polêmicas metodológicas e disputas teóricas que, inevitavelmente, influenciam o quadro de crise dos conceitos presente no âmbito da dogmática penal contemporânea.

²⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 2002, p. 271.

²⁵⁷ Ibid., p. 276 e ss.

²⁵⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 78 e ss.

²⁵⁹ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 55.

Desse modo, é possível afirmar que o conceito de bem jurídico também passa a expressar as consequências de todo o desenvolvimento histórico social, considerando que é a própria realidade social que preenche seu conteúdo. Isso porque, muito embora o princípio da legalidade favoreça a fixação de preceitos penais (resultados do processo legislativo), a definição material desses bens acaba por estar associada sempre à base social, que transmite sua decisão às instâncias políticas, devendo estas apenas formalmente materializá-la.

Sob a ótica do bem jurídico ambiental, e ante a necessidade de se estabelecer critérios de legitimidade das incriminações neste âmbito, adota-se, como ferramenta metodológica, a concepção de que o bem jurídico traduz uma *síntese normativa de interesses sociais*, visto que aparece como sendo as próprias relações sociais em constante inter-relação com os bens propriamente individuais (relação teleológica), o que permite assegurar a liberdade e a igualdade material desses sujeitos. Na seara supraindividual, tal concepção apresenta-se como essencial para um enfrentamento crítico sobre os critérios de legitimidade da tutela penal neste campo, tendo em vista a necessidade de considerar os bens jurídicos supraindividuais numa perspectiva dinâmica, isto é, a lesão a um bem jurídico supraindividual assume sob esta vertente um sentido sociológico e não estritamente naturalístico.

Portanto, a presente investigação prossegue partindo-se desse posicionamento crítico e sistêmico. Nesse sentido, é fundamental situarmos a problemática deste estudo em um contexto mais amplo, com o escopo de compreender o complexo de relações sociais que circunscrevem as questões ambientais na atualidade. O giro sociológico e filosófico em torno da realidade ambiental irá certamente permitir, em um primeiro momento, avaliar criticamente como o direito penal torna-se um meio de proteção (in)adequado para proteger essa realidade, principalmente no âmbito de uma sociedade de risco. Formado esse substrato teórico, a análise sobre o preenchimento de conteúdo e materialidade dos bens jurídicos ambientais ganhará certamente um reforço crítico, o que irá permitir, na sequência, avaliar, por exemplo, os parâmetros para a aferição da ofensa ao bem jurídico ambiente capaz de ensejar a tutela pelo direito penal.

CAPÍTULO II

PROTEÇÃO PENAL AO AMBIENTE NA SOCIEDADE DE RISCO

2.1 Notas preliminares

A investigação sobre em qual contexto prospera o direito penal moderno deve partir da percepção do universo dos perigos e riscos incidentes e das mediações de segurança, concebidas como construções sociais da realidade, processos culturalmente estruturados e construídos de forma intersubjetiva, os quais conduzem a necessários conceitos de “perigo” e “segurança” relativos ao momento histórico, e por isso, acessíveis a uma constante revisão crítica.²⁶⁰

Desse modo, considerando os limites desta pesquisa, este capítulo pretende estabelecer apenas uma visão panorâmica do processo de modernização do direito penal, tendo como pressuposto não somente o surgimento dos novos riscos civilizacionais, mas também a qualidade, a percepção e a comunicação de tais riscos. A sensibilidade social dos riscos é um fator fundamental para se compreender como o direito penal atua no processo da construção social e mediação normativa como uma “sobredireção”, pautada por ambiciosos processos de controle, que transformam o aparato punitivo em instrumento de manutenção das normas sociais.

O risco, portanto, deve ser colocado como entorno do subsistema jurídico-penal, permitindo que seja avaliada a potencialidade dos seus efeitos, seja ao nível da linguagem, nos termos de uma teoria da comunicação,²⁶¹ seja ao nível sistêmico, por meio de uma compreensão autopoietica do sistema jurídico. Adianta-se que tal escopo ultrapassaria as estreitas margens da pesquisa, motivo pelo qual a finalidade deste capítulo concentra-se em expor de forma sucinta uma problemática que, por certo, poderá ser mais bem

²⁶⁰ COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 92.

²⁶¹ Convém salientar que a nomeação pela linguagem não deve ser compreendida ontologicamente, mas primordialmente a partir da situação imperativa de comunicação, como descrição de uma situação social com a finalidade de orientação do comportamento futuro. A descrição de relações sociais não deve ser compreendida como descrição “coisa-ontológica”, mas como parte integrante de técnicas complexas de comunicação. Cf. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 223.

desenvolvida em futuras investigações, pois os temas que serão aqui minimamente versados apontam uma complexa gama de caminhos teóricos passíveis de serem amplamente explorados.

Pretende-se, então, partir da compreensão da amplitude das inovações tecnológicas geradoras desses riscos, delineando o seu perfil contemporâneo no contexto de uma crise ecológica. Aproximam-se as questões ambientais a temas da teoria social e filosófica, pois se acredita que a síntese analítica produzida pode fornecer subsídios no enfrentamento crítico da questão jurídico-penal colocada neste estudo.

O desafio está posto.

2.2 Ambiente e as novas tecnologias de risco

O acelerado desenvolvimento tecnológico verificado desde o início do século XX, especialmente após a Primeira Guerra Mundial, tem sido um fator determinante para a transformação do mundo moderno. Macrossistemas tecnológicos cada vez mais complexos passam a impor novas condições sociais, deixando de ser meros instrumentos controlados por agentes humanos para configurarem um novo paradigma de racionalidade pragmático-tecnológica, com base em esquemas conceituais da ciência moderna.

São novos sistemas que alcançaram alta complexidade estrutural, sociopolítica e ambiental, ameaçando potencialmente toda a humanidade, como as centrais nucleares, os sistemas de geração e condução de energia, os sistemas de mísseis intercontinentais, sistemas financeiros, comerciais, de telecomunicações, educativos e sanitários. Sistemas que inevitavelmente se apropriam de uma imagem científica do mundo natural, de seus modelos teóricos e de suas reduções conceituais, levando às últimas consequências o projeto de domínio sobre a natureza, passando a ciência a estar subordinada aos fins da tecnologia.²⁶²

Esse novo paradigma de interação entre ciência e tecnologia, pautado pela produção e reprodução sistemática de um mundo novo, aberto em possibilidades, em expansão e em constante contradição com o mundo natural, tem reforçado o novo papel desempenhado

²⁶² LINARES, Jorge Enrique. *Ética y mundo tecnológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 29 e ss.

pela atividade científica na produção tecnológica, submetendo-a todos os seus métodos, experimentos, modelos e instrumentos. Noutras palavras, a nova razão tecnológica subordina a razão científica aos seus fins pragmáticos, deslocando do eixo central a razão *teorética* (científica e filosófica), em que permaneceu durante toda a história da civilização ocidental.²⁶³ Essa mudança de paradigma converge-se ao que se denomina atualmente *tecnociência*,²⁶⁴ exatamente para descrever essa nova interação entre racionalidade científica e tecnológica.

Algumas das características da *tecnociência* assinaladas por LINARES é a maior capacidade de incrementar a complexidade material em relação às tecnologias convencionais, bem como a imprevisibilidade dos efeitos ambientais e sociais dessa complexidade.²⁶⁵ Isso porque com o avanço técnico-científico, a possibilidade de que sucedam acidentes catastróficos nos sistemas tecnológicos é cada vez maior, sobretudo no contexto de uma sociedade de risco global, cujo poder tecnológico pode provocar danos irreversíveis à natureza e à vida humana.²⁶⁶

As novas tecnologias de risco aparecem no quadro social contemporâneo com um forte aspecto ameaçador, em um ambiente de insegurança generalizada, devido ao vasto campo de indeterminações presente na sociedade moderna. Nas últimas décadas, uma série de acontecimentos decorrente do processo de modernização privou uma autodescrição da sociedade, com o pressuposto de estabilidade da relação entre racionalidade e tempo. Numa observação mais profunda, verificou-se que uma gama de ocorrências não mais

²⁶³ LINARES, Jorge Enrique. *Ética y mundo tecnológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 34. Nesse sentido, é possível afirmar que as conquistas da ciência se expressam pela tecnologia. “*A experiência da guerra e, mais recentemente, as investigações espaciais e os grandes laboratórios industriais constituem uma amostra de que o desenvolvimento técnico depende estreitamente da ciência e o progresso da ciência depende fundamentalmente da técnica. A ciência cria novos modelos tecnológicos e a técnica cria novas linhas de objetivos científicos*”, SIQUEIRA, José Eduardo de. *Ética e tecnociência. Uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 27.

²⁶⁴ JAVIER ECHEVERRÍA aponta o surgimento do conceito no século XX, em meados dos anos 40, no contexto da política científica adotada pelo governo norte-americano como estratégia para a vitória da 2ª Guerra Mundial, a partir de uma alteração dos fins intrínsecos da atividade científica, ao subordiná-los aos fins pragmáticos de projetos e empresas tecnológicas, como o *Projeto Manhattan* para a construção da bomba atômica. O governo defendia que o projeto tecnocientífico era indispensável para assegurar o bem-estar da nação, devendo dirigir esforços coordenados para o desenvolvimento de inovações que promoveriam o bem público em âmbitos de investigação biomédica, de crescimento econômico-industrial e de segurança nacional, citado por LINARES, op. cit., p. 369.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 379.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 410.

obedecia a certa regularidade, não podendo haver previsões do agir ou cálculos de natureza racional.²⁶⁷

A normalidade passou a ser constituída de constelações de indeterminações, o que demandou a necessidade do seu controle, por diversas maneiras, em diferentes níveis evolutivos. DE GIORGI aponta a *adivinhação* como uma técnica que permitia tratar as indeterminações reconduzindo-as à escassez de informações possíveis; o *tabu* que consistia numa técnica para evitar o dano que podia surgir dessas indeterminações, funcionando por meio de um “pensamento homeopático”; o *pecado* como representante do desvio da razão face à ordem e, paralelamente, da precariedade da relação da razão com a ordem, pois a constatação do pecado permitia imputar o dano à perversão da vontade daquele que agia e, uma vez verificado o dano na ausência do pecado, imputava-se o evento à vontade de Deus.²⁶⁸

Somente no último século, surgiu o *incidente*, sendo amplamente utilizado como técnica descritiva dos fatos caracterizados por indeterminação, imputando esses fatos às decisões que, paradoxalmente, também se destinavam a evitar que os mesmos fatos ocorressem. Nesse sentido, DE GIORGI exemplifica:

O fato de saber que um reator nuclear pode explodir a cada milhão de anos, não exclui que isto possa acontecer amanhã. Medidas ulteriores de segurança não são completamente capazes de controlar as indeterminações que nascem em virtude da sua própria ativação e, portanto, não dão qualquer segurança complementar: estas podem, somente, deslocar o problema ou no tempo ou no espaço de produção destes eventos.²⁶⁹

Essa paradoxalidade característica da sociedade moderna reforçou simultaneamente as ambivalências entre segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade, igualdade e desigualdade, riqueza e pobreza, participação e menos participação, estabilizando-se novas condições estruturais, dotadas de alta complexidade, incorrendo em diferenciações funcionais dos sistemas sociais, totalmente vinculadas ao futuro.

Essas diferenciações foram objetos de vários diagnósticos realizados por BAUMAN nos últimos anos, cuja análise permanece concentrada no fator *insegurança*.

²⁶⁷ DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 189.

²⁶⁸ Ibid., p. 190.

²⁶⁹ Ibid., p. 191.

Diferentemente da análise de FREUD, para quem a dádiva da civilização era a segurança – proteção contra os inúmeros perigos da natureza, contra o próprio corpo e contra outras pessoas – a segurança, atualmente, sacrifica diariamente no altar da liberdade individual em expansão.²⁷⁰

FREUD falava em *Sicherheit*,²⁷¹ estreitando em um único termo fenômenos complexos como *segurança*, *certeza* e *garantia*. Em linhas gerais, acreditava-se que as conquistas humanas sempre continuariam sob o poder do Homem; que o mundo era estável e confiável; que saber a diferença entre o que é razoável ou tolo, útil ou inútil, próprio ou impróprio, lucrativo ou arriscado, poderia haver certeza sobre os fenômenos, pois seriam sinais de alerta que permitiria saber o que esperar e como distinguir um bom lance de um lance ruim; que nenhum perigo mortal ameaçaria o corpo e as suas extensões.

Os três ingredientes sinalizados por FREUD são, de fato, as condições para a autoconfiança de que depende a capacidade de pensar e agir racionalmente. Uma vez ausente qualquer uma delas, dissipa-se a autoconfiança, perde-se a confiança na própria capacidade e nas intenções dos outros, gerando, dentre outros efeitos, uma crescente incapacitação e ansiedade. Nesse cenário, figuraria uma verdadeira “*desesperança existencial*”, revelando-se riscos e aumentando a probabilidade de consequências indesejáveis, as quais não mais podem ser calculadas com precisão.²⁷²

Esses notáveis fenômenos sofrem importantes alterações no contexto atual, pois, ao contrário das indeterminações de outrora, as imprecisões atuais no que concerne aos novos pontos orientação existencial já não mais podem ser observadas como transitórias, e sim, como pertencentes ao estilo de vida pós-moderno. Por consequência, a experiência cotidiana passa a se vincular com riscos futuros, indetermináveis e imprevisíveis, os quais impactam toda a estrutura social.

²⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000, p. 24. A insegurança do presente e a incerteza do futuro produzem e alimentam o medo mais apavorante e menos tolerável, fazendo nascer um sentimento de impotência, pois se perde o controle, seja individual, separado ou coletivo, não havendo mais ferramentas que possibilitam alçar a política a um nível em que o poder já se estabeleceu, o que permitiria a recuperação do controle sobre as forças que dão forma à condição que compartilhamos, enquanto estabelecem o âmbito de nossas possibilidades e os limites à nossa liberdade de escolha, BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 32.

²⁷¹ Idem, 2000, p. 25.

²⁷² Ibid., p. 25-26.

No entanto, LUHMANN ressalva que a etimologia da palavra *risco* é desconhecida,²⁷³ aparecendo, pela primeira vez, no período entre o fim da idade média e o início da modernidade. As civilizações antigas já haviam desenvolvido diferentes técnicas para lidar com problemas análogos aos da modernidade, sem necessariamente se referir ao que concebemos atualmente como *risco*. Na antiguidade, o homem já se preocupava com as incertezas do futuro, invocando práticas divinas, que embora fossem incapazes de oferecer uma real segurança, salvaguardavam as decisões pessoais, vinculando-as às forças misteriosas que supostamente produziam os incidentes incontrolláveis.²⁷⁴

Além das premissas da teoria sistêmica assentadas no capítulo 1 deste trabalho, e da notoriedade assumida pelos postulados de LUHMANN neste âmbito, é necessário frisar que este autor foi, junto com outros teóricos, como WOLFGANG BONSS, quem empreendeu, após a famosa publicação de BECK “Sociedade de Risco”,²⁷⁵ em 1986, conotações básicas relativas ao emprego da palavra *risco* na qualidade de um conceito. Coube a ele o mérito de ter tentado uma primeira aproximação sistemática ao problema do *risco* no campo da sociologia.²⁷⁶

Um dos desdobramentos de seus estudos é a distinção entre *risco* e *perigo*, a partir de duas concepções. A primeira trata-se de um conceito restrito do risco, quanto um determinado ator social sabe das consequências do seu agir e procede tanto na consciência do possível sucesso da sua ação como de possíveis danos. Enquanto que a segunda concepção revela um conceito amplo de risco, ou uma “zona de risco”, que alerta “*para emergência de futuros eventos danosos para o homem, sejam eles frutos de uma ação individual, sejam resultados não-intencionados de uma ação coletiva, sejam ainda fenômenos naturais com efeitos negativos para a sociedade*”.²⁷⁷

Nessa linha, fala-se em *risco* somente quando possíveis danos são consequências da própria decisão, como, por exemplo, um cálculo da decisão de viajar de avião, ao contar com a probabilidade de chegar sem acidente aéreo no destino. Caso ocorra um desastre, o que é improvável, mas não impossível, o dano assumido torna-se algo real. Por outro lado,

²⁷³ Suspeita-se que o termo tem origem arábica. Na Europa a palavra pode ser encontrada em documentos medievais, mas só foi disseminada após o início das edições impressas, na Itália e Espanha. Na realidade, não há estudos específicos quanto à etimologia do termo, nem quanto à história conceitual, apesar de utilizada em diferentes contextos, LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Gruyter, 1993, p. 9.

²⁷⁴ Ibid., p. 8 e ss.

²⁷⁵ No original, em alemão, “*Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*”, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a. M., 1986.

²⁷⁶ BRÜSEKE, Franz Josef. *Risco e contingência*. RBCS, vol. 22, n. 63, 2007, p. 71.

²⁷⁷ Ibid., p. 73.

alguém que assume o *risco* de morrer atrás do volante do seu carro, o que seria possível consequência da decisão de andar em alta velocidade, gera um *perigo*, e não um *risco*, para os pedestres e outros motoristas, pois, nesse caso, o dano hipotético é causado por fato exterior, sobre o qual não se tem nenhum controle.²⁷⁸ Portanto, a mesma ação é capaz de ser um *risco* para um e um *perigo* para outros, o que importa considerar que tanto o *risco* como o *perigo* encontram-se interligados.

Segundo BRÜSEKE, em termos operacionais, o conceito restrito do *risco*, favorecido por LUHMANN, é o mais preciso, muito embora a aplicação do conceito amplo de *risco* tenha ganhado importância, sobretudo pela crescente consciência da *contingência*. Apesar de referida sob outras formas linguísticas, o discurso do risco torna-se uma maneira de se comunicar num campo de eventos contingentes, permitindo que o homem tenha a compreensível inclinação de atribuir as “contingências positivas” ao seu próprio mérito e buscar a culpa para as “contingências negativas” fora da própria responsabilidade.²⁷⁹

Dado o escopo do presente estudo, não se pretende desenvolver com profundidade a teoria sistêmica, mas apenas fixar, em uma breve síntese, os principais contornos teóricos realizados por LUHMANN para uma análise estrutural da sociedade, resgatando, para tanto, o conceito de *complexidade* e *contingência*, a fim de apontá-los como essenciais para a compreensão do *risco*, o que irá permitir, em determinado instante, retomar o argumento e utilizá-lo para o desenvolvimento desta investigação.

2.2.1 Risco, contingências e estruturas normativas em um mundo complexo

A partir do pensamento sistêmico de LUHMANN, já referido no capítulo 1 desta investigação, surgem os conceitos de *complexidade* e *contingência*, conceitos que assumem peculiar importância no processo de sistematização do *risco* no âmbito de uma teoria social.

O conceito de *risco* surge em face desse ambiente complexo e contingente verificado na contemporaneidade, pois se trata de um evento generalizado da comunicação,

²⁷⁸ BRÜSEKE, Franz Josef. *Risco e contingência*. RBCS, vol. 22, n. 63, 2007, p. 71; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 41.

²⁷⁹ BRÜSEKE, op. cit., p. 73.

sendo uma reflexão sobre as possibilidades de decisão.²⁸⁰ As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam, nas palavras de LUHMANN, ao próprio sujeito, sendo também as suas próprias possibilidades, na medida em que os outros as experimentam, sem podê-las atualizar totalmente como experimentações, propriamente suas. Assim, adquire-se a chance de absorver as perspectivas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das suas, de ver através dos olhos dos outros, ampliando-se o próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo.²⁸¹

Essa *dupla contingência* do mundo social reforça a potenciação do risco, pois diante da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas, impondo-se estruturas de expectativas que sejam construídas de forma mais complexa e variável. É na intersecção entre a expectativa comportamental e imediata do indivíduo e a expectativa que se tem sobre a expectativa de outrem que reside a função da positividade do direito.²⁸² Nesse sentido, a norma jurídica:

serve para orientar o indivíduo, trazendo consigo mesmo a possibilidade de risco, dispensando a orientação a partir de expectativas, e, logo, reduzindo a probabilidade de dano futuro (risco). Nessa medida a regra alivia a consciência no contexto da complexidade e da contingência.²⁸³

Vê-se, portanto, que o aporte teórico de LUHMANN fornece sólidos subsídios para compreensão dos fenômenos que caracterizam a sociedade de risco, pois em face da crescente complexidade e contingência, é razoável compreender a necessidade de estruturas sociais funcionalmente diferenciadas, em o *cognitivo* e o *normativo*,²⁸⁴ porque é com o auxílio dessa diferenciação que a sociedade pode ajustar um compromisso entre as necessidades de adaptação à realidade e de constância às expectativas. O meio social

²⁸⁰ Nessa perspectiva, verifica-se que diante de um futuro cada vez mais incerto, uma base segura precisa ser encontrada para a tomada de decisões. Isso significa uma vasta expansão do campo de possibilidades e pretensões, de modo que os segredos da natureza vão sendo modificados pelas variadas distinções no que concerne ao domínio do cálculo racional. Através dessa tradição racional, vê-se que as perdas (decisões não corretas) precisam ser evitadas na medida do possível, não obstante haja a estimativa de que um possível grau de perdas seja aceito. Assim, atualmente, os riscos são valorados a partir da probabilidade de perdas, LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Gruyter, 1993, p. 13.

²⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

²⁸² O enfoque sistêmico do Direito, em especial o direito penal, será dado nos tópicos subsequentes, tendo como parâmetro a evolução do direito penal ambiental. Nesse ponto, destaca-se somente a inserção do conceito de risco na teoria sistêmica de LUHMANN.

²⁸³ TRINDADE, André. *Para entender Luhmann – e o Direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 45.

²⁸⁴ Ao nível *cognitivo* são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamento, são adaptadas à realidade. Enquanto na expectativa *normativa* ocorre o contrário, ou seja, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos, LUHMANN, *Sociologia do direito I...*, cit., p. 56.

institucionaliza cognitivamente expectativas comportamentais, não censurando seus membros por uma adaptação da expectativa à realidade da ação, se predominar o interesse na adaptação. De outro lado, deslocará e articulará as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas.²⁸⁵

Mediante essa dupla estratégia, reduz-se o risco de desapontamentos em todas as estruturas, transpondo-os a formas previamente estabelecidas de encaminhamento dos problemas e tornando-se sustentável o alto nível de complexidade e contingência. Em palavras sucintas:

com a crescente complexidade da sociedade crescem também os riscos estruturais, que têm que ser prevenidos através de uma maior diferenciação entre as expectativas cognitivas e as normativas. A separação entre ser e dever ser, ou entre verdade e direito não é estrutura do mundo dada a priori, mas uma aquisição da evolução.²⁸⁶

Dessa forma, verifica-se que o objetivo da vida na sociedade moderna é a redução da complexidade através de padrões comportamentais, adotando-se expectativas compartilhadas, a fim de reduzir e estabilizar progressivamente o risco que permeia a contingência social, minorando as possibilidades de desapontamentos frente às possíveis tomadas de posição do indivíduo.

Toda a engrenagem dos sistemas sociais está destinada a reduzir os riscos presentes no seio social, sendo que a teoria luhmanniana possibilita a reestruturação da epistemologia sociojurídica, pois o direito passa a fluir de forma legítima e controlável, adequando-se ao fato de que nas sociedades funcionalmente diferenciadas o alto grau de interdependência de todos os processos faz com que o tempo se torne escasso e passe a fluir rapidamente.

Nesse contexto, dissertar-se-á, adiante, sobre o papel do direito, em especial o direito penal, na complexa tarefa de reduzir os riscos (ecológicos), apontando a funcionalidade dos demais sistemas que atuam no cenário de uma crise ecológica, o que permitirá demonstrar a dinamicidade do sistema jurídico-penal em face da hipercomplexidade da sociedade atual. Antes disso, contudo, é necessário persistir na sistematização do conceito de risco, delineando o seu perfil contemporâneo, com todas as

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 58.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 58.

consequências ao ambiente e à vida humana, e realçando o seu potencial político em uma era de transição entre científicidades. A partir de tais pressupostos, pretendem-se caminhar de forma mais segura sobre a doutrina do bem jurídico-penal em campos difusos, questionando em que medida a perspectiva funcionalista favorece um enfrentamento crítico da temática no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

2.2.2 O perfil contemporâneo dos riscos e a crise ecológica

Além de estar no centro da teoria sistêmica, o conceito de risco tem sido amplamente difundido nas análises da sociedade contemporânea, tornando-se objeto de interesse e preocupação da opinião pública, principalmente quando as ameaças ecológicas tornaram-se mais evidentes, o que fez a sociedade compreender que a produção desenfreada de novas tecnologias seria capaz de produzir danos incontrolláveis. Inobstante a existência de riscos em outros âmbitos, em decorrência dos variados sistemas tecnológicos, os riscos ambientais assumem uma especial notoriedade, especialmente na segunda metade do século XX.

Ao analisar detidamente o perfil do risco específico à modernidade, GIDDENS vislumbra possíveis desdobramentos da problemática ambiental nos debates sociológicos acerca da teoria do risco:

1. *Globalização do risco* no sentido de *intensidade*: por exemplo, a guerra nuclear pode ameaçar a sobrevivência da humanidade.
2. *Globalização do risco* no sentido da *expansão da quantidade de eventos contingentes que afetam todos ou, ao menos, grande quantidade de pessoas no planeta*: por exemplo, mudanças na divisão global do trabalho.
3. Risco derivado do *meio ambiente criado*, ou *natureza socializada*: a infusão de conhecimento humano no meio ambiente material.
4. O desenvolvimento de *riscos ambientais institucionalizados* afetando as possibilidades de vida de milhões: por exemplo, mercados de investimentos.
5. *Consciência do risco como risco*: as “lacunas de conhecimento” nos riscos não podem ser convertidas em “certezas” pelo conhecimento religioso ou mágico.
6. A *consciência bem distribuída do risco*: muitos perigos que enfrentamos coletivamente são conhecidos pelo grande público.

7. *Consciência das limitações da perícia*: nenhum sistema perito pode ser inteiramente perito em termos das consequências da adoção de princípios peritos.²⁸⁷

Resumidamente, GIDDENS sustenta que a possibilidade de uma guerra nuclear, uma calamidade ecológica, uma explosão populacional incontrolável, um colapso do câmbio econômico global, bem como outras catástrofes globais potenciais, acabam por configurar um horizonte inquietante de perigos para a população planetária, o que permite aferir a intensidade do risco e o seu aspecto ameaçador na contemporaneidade.²⁸⁸

Além da intensidade do risco, GIDDENS sinaliza a expansão planetária dos ambientes de risco e as mudanças no tipo desses ambientes. Variados mecanismos globalizados surgem no cenário público, comprometendo os altos níveis de segurança já existentes, tornando-se, cada vez mais, de escopo global. As mudanças nesses ambientes foram flagrantes, haja vista a variedade de perigos ecológicos derivados da transformação da natureza por sistemas de conhecimentos humanos. Tem-se, por exemplo:

[...] a radiação a partir de acidentes graves em usinas nucleares ou do lixo atômico; a poluição química nos mares suficiente para destruir o plâncton que renova uma boa parte do oxigênio na atmosfera; um ‘efeito estufa’ derivado dos poluentes atmosféricos que atacam a camada de ozônio, derretendo parte das calotas polares e inundando vastas áreas; destruição de grandes áreas de floresta tropical que são uma fonte básica de oxigênio renovável; e a exaustão de milhões de acres de terra fértil como resultado do uso intensivo de fertilizantes artificiais.²⁸⁹

Nessa perspectiva, tem-se que a problemática ambiental tornou-se uma importante base empírica para análise das novas tecnologias de risco, pois o processo de modernização atingiu um patamar tão alto e complexo, a ponto de qualquer racionalidade não poder mais detê-la, acarretando, dentre outras consequências, inevitáveis efeitos ecológicos para o planeta.

²⁸⁷ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 126-127.

²⁸⁸ O exemplo dessa ameaça verificou-se no início da década de 1980, diante das possibilidades de uma guerra nuclear, cujos efeitos climáticos e ambientais poderiam ter sido de grande alcance, GIDDENS, *As consequências...*, p. 127-128. Semelhante as realidades verificadas em Bhopal (1984) e em Chernobyl (1986), cujos efeitos climáticos foram desastrosos para vida humana e para o meio ambiente, a ameaça nuclear permanece até os dias atuais, pois no momento da escrita desse trabalho, acompanha-se a situação delicada pela qual passa o Japão, onde a usina nuclear Fukushima teve seus reatores explodidos, em virtude do maior terremoto verificado desde o início dos registros históricos, no século XIX. A ameaça ao meio ambiente e à vida no planeta também restou evidente após informação divulgada recentemente pela Organização Mundial de Meteorologia que o buraco na camada de ozônio atingiu um nível recorde. A medição realizada no Ártico mostra um aumento de 40%, devido, principalmente, ao uso contínuo de substâncias químicas que causam danos à atmosfera. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2011/04/medicao-mostra-aumento-recorde-do-buraco-na-camada-de-ozonio.html>. Acesso: 05 abr. 2011.

²⁸⁹ GIDDENS, op. cit., p. 129.

Analisar o perfil contemporâneo dos riscos da modernização, portanto, necessita-se de um melhor entendimento da distribuição e do incremento desses riscos, bem como das diferentes situações sociais de ameaça, as quais passam a exigir a integração das estruturas sociais de poder e de distribuição das burocracias, das normas e racionalidades vigentes, não podendo a modernidade ser reduzida apenas ao arcabouço da tecnologia e da natureza no sentido de perpetrador e vítima.²⁹⁰

Nesse sentido, os discursos sobre os riscos não devem circunscrever apenas às questões tecnocráticas e naturalistas, e sim, passar a avaliar os seus efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos. É preciso um deslocamento das discussões públicas, com vistas a uma melhor compreensão da lógica distributiva, sobretudo se considerarmos que “os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles”.²⁹¹

Por acarretarem danos irreversíveis e até invisíveis em diversas dimensões, os riscos da modernização passam a conter um efeito *bumerangue*, desfazendo qualquer esquema de classes sociais, de modo que nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Trata-se de um efeito socialmente circular das ameaças, que incorre numa verdadeira unidade entre culpado e vítima, pois os riscos passam a ameaçar seus próprios centros causais de produção.²⁹² Dito de outro modo, aqueles que geram essencialmente os riscos já não conseguem escapar às consequências dos riscos gerados.²⁹³

Na realidade ambiental, esse argumento de BECK está indubitavelmente comprovado, porquanto a natureza tornou-se ao longo das últimas décadas um dos principais centros de absorção dos riscos, haja vista as ameaças e tragédias ambientais que frequentemente são verificadas. É impressionante como o meio natural sofre consequências em diferentes formas e intensidades, de modo que nenhuma classe social fica à margem dos efeitos devastadores.

Verifica-se, em verdade, uma nova dimensão da responsabilidade humana diante dos riscos da modernidade, que assumem um novo perfil em diferentes contextos, na medida em que os tradicionais graus de responsabilidade (pessoal e interpessoal) são, hoje,

²⁹⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 29.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 27.

²⁹² *Ibid.*, p. 44-45.

²⁹³ BECK, *Liberdade ou capitalismo. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. Trad. Luiz Araújo. São Paulo: Unesp, 2002, p. 130.

insuficientes para a esfera global da ação tecnológica coletiva, que se estende por toda a Terra, comprometendo o futuro da humanidade.²⁹⁴

Diante desse perfil contemporâneo dos riscos, que no decorrer dos anos tornam-se mais associados às ações tecnológicas e aos fenômenos naturais, passa-se a visualizar um quadro de *crise ecológica*, na medida em que a problemática ambiental adquire relevância no seio de uma sociedade hipercomplexa.²⁹⁵ Em um planeta com recursos finitos, muitos não renováveis, o crescimento exponencial da população e o consequente crescimento da produção industrial podem conduzir a Terra a um colapso em médio prazo.

Nessa linha de raciocínio, LINARES aponta três fatores que podem contribuir para o desencadeamento da crise ecológica:

a) Uma enorme população mundial que atingirá em meados do século XXI em nove milhões de pessoas, e que segue pressionando uma forte demanda de produção; b) o progresso incessante do poder tecnocientífico e sua vinculação com a expansão e concentração de capital, que favorece um modo de vida produtivista e consumista em escala global; c) a crescente desigualdade norte/sul que gera tensões sociais e que eventualmente poderia provocar conflitos bélicos em virtude da destruição ambiental e do esgotamento dos recursos naturais.²⁹⁶

Nesse ponto, vê-se que a crise ecológica ganha enormes contornos devido aos efeitos cumulativos decorrentes das ações humanas, o que possibilitou um acúmulo de controvérsias sociais, convertendo-se em um tema político de alcance mundial. Na medida em que os riscos ecológicos diversificaram-se, tornando-se, paralelamente, iminentes e ocultos, um conflito de valores surge atrelado ao desenvolvimento de novas tecnologias. São valores que passam a constituir, de acordo com ACSELRAD, um processo de “*ambientalização*”:

que pode designar tanto o processo de adoção de um discurso ambiental genérico por parte dos diferentes grupos sociais, como a incorporação

²⁹⁴ LINARES, Jorge Enrique. *Ética y mundo tecnológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 435.

²⁹⁵ A crise ecológica permite evidenciar que nas sociedades contemporâneas observa-se a emergência de novas feições de racionalidade social reveladas pela forma distinta pela qual o risco é assimilado e interpretado nessas sociedades. Esse dado diferencia essencialmente tais riscos e os relaciona intimamente aos novos problemas ambientais, MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 26.

²⁹⁶ LINARES, op. cit., p. 420.

concreta de justificativas ambientais para legitimar práticas institucionais, políticas, científicas etc.²⁹⁷

Por intermédio desses processos, novos fenômenos vão sendo construídos e expostos à esfera pública, que em esforço conjunto, são chancelados como movimentos de “proteção ao meio ambiente”. Nessa medida, diferentes atores sociais ambientalizam seus discursos e ações coletivas são esboçadas na constituição de conflitos sociais incidentes sobre esses novos objetos, questionando os padrões técnicos de apropriação do território e seus recursos ou contestando a distribuição de poder sobre eles.²⁹⁸ Trata-se de uma atividade ecológica realizada por uma ação conjunta de vários setores da ciência, desde o biólogo até o astrônomo, passando pelos geofísicos e os meteorologistas, voltando-se, antes de tudo, para o futuro, com uma visão ampla de todos os problemas que envolvem a vida do homem no universo.²⁹⁹

Nessa direção, surgiu o interesse crescente da humanidade pela causa ecológica, através de movimentos populares, partidos políticos, governos, meios de comunicação, tendentes a despertar, em face dos novos riscos ambientais, a consciência da necessidade de proteger o meio ambiente, reconhecendo-o como um direito humano merecedor de tutela. Sob esse aspecto, BOBBIO argumenta que é exatamente a consciência do estado de sofrimento e de infelicidade em que o homem vive que resulta na exigência de sair de tal estado, culminando em um conjunto de esforços para o bem:

O homem sempre buscou superar a consciência da morte, que gera angústia, seja através da integração do indivíduo, do ser que morre, no grupo a que pertence e que é considerado imortal, seja através da crença religiosa na imortalidade ou na reencarnação. A esse conjunto de esforços que o homem faz para transformar o mundo que o circunda e torná-lo menos hostil, pertencem tanto as técnicas produtoras de instrumentos, que se voltam para a transformação do mundo material, quanto as regras de conduta, que se voltam para modificação das relações interindividuais, no sentido de tornar possível uma convivência pacífica e a própria sobrevivência do grupo. Instrumentos e regras de conduta formam o mundo da “cultura”, contraposto ao da “natureza”.³⁰⁰

Essa nova “cultura”, que desde a segunda metade do século XX tem se concentrado no crescimento da população, no desenvolvimento da miséria humana, no incremento dos

²⁹⁷ ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental*. In: Revista de Estudos avançados IEA/USP, v. 24, n. 68, jan. –abr, 2010, p. 103.

²⁹⁸ Ibid., p. 103.

²⁹⁹ FREITAS MOURÃO, Ronaldo R. *Ecologia cósmica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Ed., 1992, p. 10.

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13ª tiragem. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 55.

riscos tecnológicos,³⁰¹ é assumida em novos espaços sociais de circulação de discursos e práticas associadas à proteção ambiental. Dentro desse cenário, surge a noção de “movimento ambientalista”, configurando uma rede diversificada de organizações com diferentes graus de estruturação formal, desde ONGs e representações de entidades ambientalistas internacionais a seções “ambientais” de organizações não especificamente “ambientais” e grupos de base com existência associada a conjunturas específicas.³⁰²

O fortalecimento dos movimentos ambientalistas, bem como de outros movimentos sociais, é explicado por DANTON e KUECHLER, por uma definição genérica, sendo:

um sector significativo da população que desenvolve e define interesses incompatíveis com a ordem política e social existente e que os prossegue por vias não institucionalizadas, invocando potencialmente o uso da força física ou de coerção.³⁰³

Particularmente no Brasil, esse amplo setor esteve engajado em campanhas que evocavam a proteção ao ambiente, porém sem desconsiderar as evidentes prioridades da luta contra a pobreza e a desigualdade social. Discutia-se sobre os propósitos desenvolvimentistas destinados à rentabilização de capitais, ampliando os debates com vistas a um tratamento lógico e socialmente aceitável das lutas contra desigualdade social e pelo desenvolvimento econômico, tendo como parâmetro todos os desdobramentos para o ambiente.³⁰⁴

A realidade brasileira evidencia esse percurso ideológico, pois os procedimentos de ambientalização podem ser verificados em diferentes épocas e esferas, como, por exemplo, no movimento de seringueiros na Amazônia na década de 80;³⁰⁵ empresas que ao longo

³⁰¹ Essa preocupação já era evidente no fim da década de 60, período em que já era defendida a necessidade de uma nova postura em relação ao planeta, pois diferentemente do que se imaginava, o mundo disponível para a população terrestre era finito. Nesse aspecto, e com todas as implicações ambientais, cf. HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. In: Science. Vol. 162, Dez, 1968, p. 1.243 e ss.

³⁰² ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental*. In: Revista de Estudos avançados IEA/USP, v. 24, n. 68, jan. –abr, 2010, p. 103. Sobre o papel dos movimentos sociais, em especial os movimentos ambientalistas ou movimentos “verdes”, como modalidade de engajamento radical com importância difusa na vida social moderna, ao fornecer pautas para potenciais transformações futuras, cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1999, p. 158 e ss.

³⁰³ Apud SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice*. O social e o político na pós-modernidade. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 257.

³⁰⁴ ACSELRAD, op. cit., p. 103-104.

³⁰⁵ Convém registrar o movimento liderado por Chico Mendes contra a derrubada de florestas habitadas por seringueiros. Com relação à história do movimento e toda sua conjuntura social, cf. BARBOSA DE ALMEIDA, Mauro W. *Direitos à floresta e ambientalismo: seringueiros e suas lutas*, RBCS, v. 19, n. 55, Jun, 2004, p. 42 e ss.

dos anos ambientalizaram seus discursos proclamando sua capacidade de autocontrole ambiental; governos, que passam a flexibilizar a legislação ambiental, alegando ganhos de rapidez e rigor nos licenciamentos; grandes projetos hidrelétricos que desestruturam a vida de comunidades indígenas, os quais passam a discutir programas de sustentabilidade destinados a assegurar a continuidade dos aspectos econômicos, sociais, culturais e ambientais dessas comunidades.

Nesse sentido, a coletividade verificou a importância da concretização de uma “ética ambiental” para maximizar o desenvolvimento social, a igualdade entre os indivíduos e a dignidade humana, construindo novas metodologias de discussão, que seriam os alicerces de uma sociedade participativa, plural e democrática. Com a integralização de esforços, promoveram-se demandas ao setor governamental, o qual passou a intervir em variados contextos, na tentativa de promover uma melhor qualidade de vida para a população e construir um legítimo Estado de bem-estar ambiental.

O nervo da polêmica, contudo, está em perceber a dinâmica política da sociedade para gerir adequadamente os riscos da modernização, porquanto a percepção de um acidente tecnológico sempre implica, conforme PAUL VIRILIO, em “*alterações dos paradigmas e das instituições sociais e políticas com as quais se objetiva resolver as controvérsias tecnocientíficas*”.³⁰⁶ A compreensão da natureza dos riscos depende, portanto, dos nossos conhecimentos, dos nossos valores e juízos éticos, a fim de que se possa valorar o que se encontra em perigo, demandando uma reorganização social com vistas a uma democratização do conhecimento, a partir de uma adequação das instituições políticas que possibilite uma maior interação deliberativa e a participação dos cidadãos nos processos de inovação.³⁰⁷

Nesse sentido, com o crescimento descomunal do poder tecnológico e os consequentes riscos para o ambiente, exige-se um esforço ético cada vez maior, pois a responsabilidade humana passa a assumir uma nova dimensão. Com o avanço da tecnologia contemporânea, é possível verificar as alterações significativas na relação entre o homem e a natureza, sendo que toda a biosfera,³⁰⁸ bem como a existência atual e futura

³⁰⁶ Apud LINARES, Jorge Enrique. *Ética y mundo tecnológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 433.

³⁰⁷ Ibid., p. 434.

³⁰⁸ É importante observar que os seres vivos e, em especial, os seres humanos, só podem ser compreendidos na totalidade integradora do conjunto dos elementos que os compõe, mediante a consideração conjunta de sua dinâmica interna e sua funcionalidade externa. É preciso enxergá-los holisticamente (em sua totalidade), em um aspecto funcional, COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*.

dos homens, passa a ser objeto de responsabilidade ética, convertendo-se em um *imperativo moral*.³⁰⁹

Mas, no cenário da crise ecológica, diante da necessidade de se determinar a viabilidade das inovações tecnológicas; de se estabelecer critérios para aceitação de riscos; de se responder pelos danos ambientais ocorridos em decorrência do poder tecnocientífico e de se estabelecer compensações ou soluções aos danos causados, LINARES afirma que é necessário reformular os princípios éticos universais, não sobre a base de uma concepção moral substancial ou um deontologia abstrata, mas reconhecendo e respeitando a pluralidade histórico-cultural de concepções e práticas morais.³¹⁰

Dado o caráter sistêmico do mundo atual, a formulação desses princípios éticos precisa ser desenvolvida considerando a potencialidade para suportar um conjunto de valores universais que possuam eficácia prática, tendo como parâmetro os objetivos cruciais de preservação e redução dos riscos tecnológicos. Isso porque os valores universais como precaução, responsabilidade, justiça, autonomia individual e social, preservação, conservação, remediação, deliberação pública e democrática, devem estar em sintonia com a diversidade social e cultural, que atualmente permanece interconectada entre variadas culturas, seja pelo poder das telecomunicações, seja pelo comércio, ou mesmo pela política ou até pela própria problemática ambiental.³¹¹

Nesta perspectiva, para a construção de uma *razão ética*, não pode prevalecer somente os valores técnico-pragmáticos, econômicos, políticos e militares, ao revés, é necessária uma nova racionalidade tecnocientífica destinada à construção de valores ético-políticos, a fim de reorientar e submeter ao exame público todos os artefatos científicos que possam causar riscos. Dito de outro modo, é fundamental que através das controvérsias

São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 19. Trata-se de uma visão biocêntrica da natureza, cuja crença está no fato de que os seres humanos são partes integrantes de uma grande comunidade da vida, ligados de maneira interdependente a outros seres vivos, não necessariamente inferiores, TAYLOR, Paul W. *Respect of nature: a theory environmental ethics*. Princeton University Press, 1986, p. 29 e ss. É nesse contexto que SINGER enfatiza as propostas de uma ética da *ecologia profunda*, abrangendo espécies, sistemas ecológicos e até mesmo a biosfera como um todo, cujos princípios apontam o bem-estar e o florescimento da vida humana e não humana na Terra como tendo valor em si mesmo, de modo que a riqueza e a diversidade das formas de vida contribuem para a concretização desse valor, SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 296.

³⁰⁹ LINARES, Jorge Enrique. *Ética y mundo tecnológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 299. Nessa linha, vê-se que “o curso da existência não é mais dependente de uma lei superior que reserva o homem a condição de espectador, muito pelo contrário, é ele hoje o agente das transformações e tem, a sua mercê, toda a existência e nela intervém como bem lhe aprouver. A ideia de natureza deve, portanto, ser ora considerada como propriedade, domínio do homem...”, SIQUEIRA, José Eduardo de. *Ética e tecnociência. Uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: Ed. UEL, 1998, p. 38.

³¹⁰ LINARES, op. cit., p. 437.

³¹¹ LINARES, op. cit., p. 437.

sociais transpareçam os fins e os interesses que impulsionam o desenvolvimento tecnológico, difundindo amplamente toda a informação científica, para que a sociedade possa deliberar sobre suas consequências, fins e circunstâncias.³¹²

Para LINARES, precisamos nos tornar “*ciudadanos cosmopolitas*”, com plenos direitos de decisão autônoma, com vistas ao exercício da capacidade de deliberação quanto aos melhores caminhos do desenvolvimento.³¹³ Com esse esforço ético, será possível reavaliarmos a postura em face do desenvolvimento, refletindo sobre o tipo de sociedade que almejamos, o ambiente em que queremos viver, os riscos que estamos dispostos a assumir e a imagem do futuro que queremos vislumbrar.³¹⁴

Não é o objetivo desta investigação analisar de forma pormenorizada os contornos dessa *razão ética*, o que demandaria uma pesquisa minuciosa, sobretudo no campo da filosofia, fugindo do escopo traçado. Na realidade, diversos autores como HEIDEGGER, ELLUL, ANDERS, NICOL, JONAS,³¹⁵ traçaram diretrizes para construção de um sistema de princípios para uma ética do mundo tecnológico, contudo, em mundo hipercomplexo, fica mais evidente a necessidade de democratizar a ciência e a tecnociência, reorientando-as através de um debate público e informado, a fim de permitir um redirecionamento das instituições políticas nacionais e internacionais na elaboração de diretrizes públicas e regulamentações normativas que atendam às inovações tecnológicas.³¹⁶

Vê-se, então, o desenvolvimento de uma ética ambiental que tende a incentivar a consideração dos interesses de todas as criaturas, inclusive das futuras gerações,³¹⁷ sendo que o caráter comunitário da moral política e a distribuição dos espaços para participação

³¹² LINARES, Jorge Enrique. *Ética y mundo tecnológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 438.

³¹³ LINARES, op. cit., p. 438.

³¹⁴ Essas reflexões aproximam-se das de BECK, quando afirma que no processo de aceitação e valoração do risco, surgem as mesmas questões: “*como queremos viver?*”; “*o que é preciso proteger?*”; o que reforça o teor político desse processo, pois ele depende de expectativas e valorações sociais, *Sociedade de risco...*, p. 33 e ss. Nesse sentido, vê-se que a proeminência humana possibilita ao ser humano a escolha de seu *modus vivendi*. E é aqui que reside toda problemática ambiental, que passou a ser fruto de maiores considerações principalmente a partir da década de 70. O modo de vida humano, baseado, preponderantemente, em valores econômicos, causou impactos no ambiente nunca vivenciados em toda a história, MORATO LEITE, José Rubens. *Sociedade de risco e estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137.

³¹⁵ Ver a primeira parte da obra de LINARES, onde se faz uma interessante abordagem do pensamento desses cinco autores, denominando-os de “*anunciadores del riesgo mayor*”, op. cit., *passim*.

³¹⁶ Particularmente quanto ao princípio da responsabilidade nesse novo cenário, especialmente no contexto concreto da política econômica, ecológica, tecnológica, biológica e psicológica, cf. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2011, p. 201 e ss.

³¹⁷ SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 301.

popular são objetivos que devem ser almejados pela sociedade, para que atinja a sua emancipação, restituindo a solidariedade e instituindo o altruísmo como lema principal.³¹⁸

Portanto, considerando os fins do presente estudo, convém estampar a funcionalidade do sistema jurídico-penal nesse cenário de crise ecológica. Os riscos ecológicos globalizaram-se em termos sistêmicos, permitindo diversos questionamentos sobre a legitimidade do direito penal em dar respostas eficazes às demandas por proteção ambiental. Ao concentrar a análise na teoria do bem jurídico, vê-se que a compreensão da sistematicidade desses riscos sob uma dinâmica política diferenciada e a funcionalidade dos (sub)sistemas sociais envolvidos, dentre eles o direito penal, passam a ser ferramentas úteis para uma análise produtora sobre a concreção dos bens jurídicos coletivos, especialmente os bens ambientais.

2.2.3 Riscos ecológicos em face da modernização reflexiva

Na sociedade contemporânea,³¹⁹ a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente por uma produção social de riscos, que embora não seja uma invenção moderna, passa a criar situações de ameaça global. Diferenciam-se, portanto, devido à globalidade de seu alcance e de suas causas, caracterizando um produto de série do “maquinário industrial do progresso”, em constante desenvolvimento.³²⁰

A gestão desses riscos – incalculáveis e imprevisíveis – acaba por dificultar sobremaneira a identificação de responsáveis e vítimas, inviabilizando qualquer alternativa de compensação de danos. Essa dificuldade na percepção dos riscos, de suas origens e consequências, está ligada ao processo de construção da modernidade, matéria que tem sido fortemente enfrentada por diversos teóricos sociais, entre eles, BECK, GIDDENS e LASH, os quais, através de um intercâmbio triplo, convergiram suas análises ao que se denominou de *modernização reflexiva*.

³¹⁸ TELES DE MENEZES, Paulo Roberto Brasil. *O direito do ambiente na era do risco: perspectivas de mudança sob a ótica emancipatória*, RDA, ano 8, n. 32, out. –dez, 2003, p. 133.

³¹⁹ A sociedade contemporânea é também considerada como “última sociedade moderna”, “pós-moderna”, a sociedade da “segunda modernidade” e, ainda, “sociedade da modernidade fluida”, BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 31.

³²⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 26.

Reflexividade já é por si um conceito complexo, objeto de profundas análises no âmbito da teoria social, mas que, inevitavelmente, tangencia a problemática colocada por esta investigação, merecendo uma análise panorâmica de seus efeitos.³²¹ O mundo social e natural estão totalmente influenciados pelo conhecimento humano reflexivo, não podendo as questões ecológicas serem simplesmente reduzidas a uma preocupação com o “ambiente”, pois o meio natural não mais encontra-se alheio à vida social humana, ao revés, está completamente penetrado e reordenado por ela.

Sob esta perspectiva, BECK, ao tratar especificamente do tema, aponta os paradoxos do processo de modernização reflexiva, a partir da perspectiva de uma *autoconfrontação*, pois a transição do período industrial para o período de risco da modernidade ocorre de forma indesejada, despercebida e compulsiva, não importando em uma opção que se pode escolher ou rejeitar, uma vez que surge na continuidade dos processos de modernização autônoma.³²² Assim, ao reconsiderar a essência da crise ecológica atual, que deixou de ser um mero problema ambiental para tornar-se uma crise institucional profunda da sociedade industrial, o autor sustenta que:

[...] o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a autorreflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da racionalidade. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria.³²³

Em outras palavras, quanto mais intenso o processo modernizador das sociedades, mais os agentes sociais adquirem a capacidade de refletir sobre as condições sociais de sua existência e, assim, modificá-las.³²⁴ Trata-se de uma tese elementar da modernização reflexiva, que apresenta variações entre os autores, cabendo realçar o posicionamento de

³²¹ Não há trabalhos sistemáticos sobre o conceito de reflexividade, embora cumpra um papel decisivo na filosofia ocidental. De uma forma ou de outra, refere-se ao que DESCARTES consagrou como o *cogito*, ou seja, a capacidade da consciência de pensar-se a si mesma, DOMINGUES, José Maurício. *Reflexividade, individualismo e modernidade*, RBCS, v. 17, n. 49, jun, 2002, p. 57-58.

³²² BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 16.

³²³ BECK, op. cit., p. 19. No mesmo sentido, cf. COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 71 e ss.

³²⁴ BECK, Ulrich. *Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 207.

BECK, quanto às suas consequências na política e subpolítica, o que irá permitir o desenvolvimento teórico deste trabalho.

Contudo, antes de uma análise mais acurada desses conceitos, cabe uma reflexão inicial, a fim de colaborar com uma melhor compreensão do tema. Algumas indagações fazem-se necessárias: quais são os sujeitos da modernização reflexiva? Qual o meio dessa modernização? Quais as suas consequências? Qual o seu motor? Ao traçar respostas a essas perguntas, BECK distancia-se da tese elementar e passa a estabelecer um entendimento pessoal do processo reflexivo de modernização.

Consideram-se sujeitos desse processo os agentes individuais e coletivos, os cientistas, as pessoas comuns, as instituições e as organizações, e também as estruturas, colocados, diferentemente, nos vários esboços teóricos. Enquanto LASH mantém o interesse nos agentes individuais e sociais e GIDDENS lida com o papel dos “sistemas especialistas” e com a “reflexividade institucional”, BECK argumenta que as estruturas também desempenham um papel central, ao modificar outras estruturas, não por meio do conhecimento em variadas formas, e, sim, exatamente, pelo não-conhecimento.³²⁵

O refinado argumento do sociólogo alemão tem como ponto de partida a distinção fundamental entre *reflexão* (conhecimento) e *reflexividade* (autodissolução ou auto-risco não intencional). A reflexividade da modernidade não significa reflexão sobre a modernidade, sobre as condições sociais da sua existência, e sim, no fato de que quanto mais avança a modernização das sociedades modernas, mais ficam dissolvidas, consumidas, modificadas e ameaçadas as bases da sociedade industrial, sem necessariamente ocorrer a reflexão sobre sua existência.³²⁶

Tem-se, portanto, que a teoria da reflexão ignora a possibilidade de que a transição para outra época da modernidade possa ocorrer de maneira intencional, superando as categorias e teorias dominantes da sociedade industrial. Ela possui, em seu âmago, um cunho otimista, pois mais reflexão, mais especialistas, mais ciência, mais esfera pública,

³²⁵ BECK, Ulrich. *Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 208.

³²⁶ Ibid., p. 210.

mais autoconsciência e autocrítica tendem a abrir novas e melhores possibilidades para ação em um mundo desarticulado.³²⁷

BECK ressalva que esse otimismo não é compartilhado pela teoria da reflexividade da modernidade, mas também não possui um perfil pessimista. Seu argumento propõe que a teoria da reflexividade pode incluir a teoria da reflexão, mas ela não é necessária. O ponto central da discussão acerca da reflexividade está na contradição existente entre as bases da modernização simples – calcadas em um otimismo instrumental em relação à possibilidade de controle predeterminado dos fatos incontroláveis – e as bases reflexivas que caracterizam a sociedade contemporânea.

Os efeitos colaterais e imprevisíveis no cenário social apontam um rompimento com a ideia de que os “recursos” que garantem o desenvolvimento moderno podem ser utilizados sem a capacidade de promover sua preservação ou renovação. Ao contrário da lógica da sociedade industrial, em que se pressupunha o predomínio da riqueza e se sustentava a compatibilidade da distribuição dos riscos, investindo em uma cientificidade linear e, paralelamente, com uma fé inabalável na possibilidade do controle antecipatório dos efeitos colaterais, na modernização reflexiva – que contempla as condições de uma democracia altamente desenvolvida e de uma cientificização consumada – impõe-se a necessidade de se redefinir as estruturas, reinventando a sociedade e a política.³²⁸

Ao elaborar o seu diagnóstico, BECK defende que a reflexividade da modernidade produz não somente uma crise cultural de orientação, senão uma profunda crise institucional na sociedade industrial tardia. Instituições fundamentais como os partidos políticos, sindicatos, o direito, a família nuclear, entre outras, perdem suas bases e sua legitimação histórica, o que equivale ao prognóstico dos conflitos de valor de difícil resolução sobre os fundamentos do futuro.³²⁹

Mas, como é possível, em termos de constatações empíricas, afirmar a emergência da reflexividade, em detrimento dos fundamentos da sociedade industrial e de suas instituições? BECK aponta a crise ecológica decorrente da degradação industrialmente

³²⁷ BECK, Ulrich. *Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 210.

³²⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 231 e ss; Idem, 1997, p. 210 e ss.

³²⁹ Idem, 1997, p. 212.

forçada do meio natural como um paradigma de análise,³³⁰ realçando a especificidade da politização forçada de todos os campos de atuação da sociedade em função dos conflitos de riscos (ecológicos).³³¹

Os riscos ecológicos ganharam maior visibilidade após a ocorrência de inúmeras catástrofes ambientais, principalmente a partir da segunda metade do século XX, sujeitando-se às controvérsias públicas e demandando novas justificativas que até então havia sido delineadas tão somente por cientistas. Desse modo, como argumenta BECK, entram em cena outros responsáveis que, pressionados pela opinião pública, podem apontar equívocos e indicar alternativas que foram descartadas. Verifica-se, portanto, que a tecnocracia do risco produz inadvertidamente, no curso de seu desenvolvimento, um antídoto político para o seu próprio desenvolvimento, tornando os riscos mais conhecidos por todos ao abrir os campos da ação política.³³²

Nesse particular, verifica-se que o processo de adoção de um discurso ambiental genérico por parte dos diferentes grupos sociais, como a incorporação concreta de justificativas ambientais para legitimar práticas institucionais, políticas e científicas, que passam a construir novos fenômenos a serem expostos à esfera pública,³³³ desencadeia uma exposição política das cadeias de causas e efeitos dos riscos ecológicos, desenvolvendo uma dimensão política sem precedentes.³³⁴

A fé no progresso a partir da modernização perpétua é substituída pelas imagens de discussões públicas e de níveis múltiplos da automodificação, do autorrisco e da autodissolução das bases da racionalidade e das formas de racionalização nos centros de poder da modernização industrial, em decorrência, sobretudo, dos vários efeitos colaterais incontroláveis oriundos dos triunfos da modernização autonomizada e do retorno à incerteza. Essa mudança social em categorias dos efeitos colaterais do processo modernizador – não necessariamente visíveis e intencionais – é o ponto central do processo

³³⁰ BECK, Ulrich. *Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 211.

³³¹ BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 83-84.

³³² *Ibid.*, p. 84.

³³³ ACSELRAD, Henri. *Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental*. In: *Revista de Estudos avançados IEA/USP*, v. 24, n. 68, jan. –abr, 2010, p. 103.

³³⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 94.

de modernização reflexiva.³³⁵ A sociedade passa a ser modificada pelo não visto e pelo não intencional, elementos que configuram o motor da história social contemporânea.

De se ver, então, que o argumento de BECK tem como ponto de partida uma análise da construção científica e social dos riscos, desenvolvendo uma distinção entre a modernização da tradição e a modernização da sociedade industrial e apontando uma transformação drástica na estrutura que integra a ciência, a práxis e o espaço público. Enquanto num primeiro estágio o emprego da ciência estava sobre o mundo preexistente da natureza, do homem e da sociedade, em que as pretensões da racionalidade científica ao conhecimento e ao esclarecimento eram poupadas do emprego metódico da dúvida científica sobre si mesma, numa fase posterior, as ciências já são confrontadas com seus próprios produtos, carências e tribulações, passando a dúvida ser generalizada no âmbito interno das ciências e ao mesmo tempo acionada arbitrariamente no âmbito externo do emprego dos resultados científicos.³³⁶

A crença inabalável na ciência e no progresso perdurou durante a modernização industrial, até a primeira metade do século XX, período em que a ciência se via diante de uma práxis e de um espaço público sem muitas resistências, apoiada na evidência de seus êxitos e em promessas de libertação de pressões inauditas. Contudo, com a evolução da sociologia do conhecimento e da crítica da ideologia, a situação altera-se drasticamente.³³⁷

Através de um giro *reflexivo*, os próprios êxitos do progresso científico passam a redimensionar os riscos da evolução técnico-científica, criando um verdadeiro paradoxo: as perspectivas de futuro e as oportunidades de expansão da ciência estão vinculadas também à crítica da ciência. Trata-se de uma autocrítica, pautada pela insegurança, desencadeando-se um processo de *desmistificação* das ciências, o que colabora para o processo de

³³⁵ Nesse sentido, cf. BECK, Ulrich. *Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 217.

³³⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 235-236.

³³⁷ Há uma mudança paradigmática no mundo científico, pois não se vê na contemporaneidade uma mera ciência de laboratório, que penetra e abre o mundo matemática e tecnicamente, desprovida de experiência e envolvida em um mito de precisão. Trata-se, agora, de uma discursividade pública da experiência, que traz à tona, de uma maneira controvertida, objetivos e meios, restrições e métodos. Enquanto a ciência de laboratório é cega às conseqüências que acompanham e ameaçam seu sucesso, a discussão pública da experiência está relacionada à vida cotidiana, impregnada com a experiência e cada vez mais dependente da mídia, estando desprovida de um laboratório, dependente, portanto, da pesquisa e da argumentação, BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 44.

transformação por completo de toda a estrutura que integra a ciência, a práxis e o espaço público.³³⁸

Como produto da reflexividade do desenvolvimento técnico-científico, tem-se, portanto, um déficit funcional, pois na medida em que a ciência se torna cada vez mais necessária, ela se torna insuficiente para a definição socialmente vinculante de verdade, favorecendo o incremento de resultados pontuais condicionais, incertos e descontextualizados. Em decorrência da supercomplexidade do conhecimento científico nesse processo de modernização reflexiva, criam-se ambientes de insegurança generalizada e invertem-se as posições dos destinatários e usuários dos resultados científicos, quer na política, quer na economia e nos espaços públicos, os quais se transformam em *coprodutores* ativos do processo social de definição do conhecimento.³³⁹

Desse modo, os riscos da modernização, inclusive os riscos ecológicos, ao envolver toda a sociedade por impulsos éticos, passam a ser constituídos através de uma interação tensa entre ciência, prática e opinião pública, e são refletidos de volta sobre as ciências, criando-se novos fundamentos teóricos e metodológicos. Assim, o processamento social dos riscos contemporâneos mantém um perene elo com as discussões públicas, produzindo confrontos através de movimentos sociais de crítica à ciência e à modernização. Sob condições reflexivas, contudo, o permanente debate público em torno dos riscos revigora todo o processo de expansão científica, convertendo-se erros em oportunidades de expansão.³⁴⁰

Noutros dizeres, é através da sensibilidade pública, em face de determinados aspectos problemáticos da modernização, dentre eles as graves consequências ao ambiente, que os temas da crítica são generalizados, por meio do confronto entre a ciência com todo o poder atributivo da própria ciência. Assim, os fundamentos da argumentação científica são postos à prova, com novos processos de politização de dimensões até então desconhecidas.

Sob essa perspectiva, BECK defende a existência de uma mudança sistêmica da política, nos termos de situações de risco. Em linhas gerais, o autor destaca que apenas uma parte das competências decisórias socialmente definidoras é inserida no sistema político e submetida aos princípios da democracia parlamentar. Outra parte escapa às

³³⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 236.

³³⁹ *Ibid.*, p. 237.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 243.

regras de controle público e justificação e é delegada à liberdade de investimentos econômicos e à liberdade de pesquisa científica. Essa transformação no sistema técnico-científico acarretou uma estagnação da política, paralelamente, a uma mudança transversal da sociedade, fortalecida por movimentos *não* políticos.

Dito de outro modo, verifica-se uma dissolução das fronteiras da política, ao surgir fora do sistema político demandas por participação política, por meio, por exemplo, de iniciativas da sociedade civil e movimentos sociais, através dos quais os cidadãos passam a intervir publicamente e judicialmente na defesa de seus interesses e direitos. É a migração do sistema político para o sistema subpolítico da modernização científico-técnico-econômica.³⁴¹

Nesse cenário, é possível afirmar que os riscos ecológicos, ao serem “percebidos” socialmente, passam a dominar os debates e os conflitos públicos, tanto políticos como privados, de modo que as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por esses debates, que são, na verdade, originados do próprio dinamismo da sociedade de risco.³⁴² A circularidade dos novos discursos sociais comprometidos com a causa ecológica surgidos na década de 70, mobilizando diferentes classes na luta pela proteção ambiental, demonstra a pluralidade e o dinamismo da sociedade de risco, o que reforça a necessidade de se verificar como o discurso ambiental aparece no contexto da *subpolítica* e de que forma e por quais ferramentas ele passa a reordenar as estruturas sociais e jurídico-penais.

2.2.3.1 A emergência do discurso ambiental nos contornos da subpolítica

O processo de autorreflexão em relação aos fundamentos do contexto social e dos princípios dominantes da racionalidade formula uma específica vertente da modernização reflexiva: a autocrítica. Alterou-se a forma de entender os ambientes de risco, visto que o processo social de seu reconhecimento passa a criar uma variedade de novos desafios no seio social, principalmente no que concerne às questões ecológicas.

³⁴¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 276 e ss.

³⁴² BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 15-16.

A moral ecológica fomenta novos debates acerca dos aspectos econômicos e tecnológicos, materializando-se em pressões políticas, em um maior rigor das normas de comando e controle, no aumento dos custos de operação de empresas, na maior interferência no processo de tomada de decisão dentro das organizações e no reconhecimento, por parte do Poder Judiciário, das demandas de compensação por danos socioambientais, levando representantes das corporações ao banco dos réus.³⁴³

A realidade empresarial costuma refletir esse processo de politização dos problemas ambientais e da moral ecológica, pois os riscos da modernização, ao acelerar o processo de conscientização, alteram a distribuição do poder no âmbito da tomada de decisão das empresas. A escolha do processo produtivo, o planejamento da produção, o desenvolvimento tecnológico e a disposição dos resíduos extrapolam os muros das plantas industriais, o que evidencia o fato de que novos grupos e atores sociais entram em cena, exigindo que decisões tomadas nas altas cúpulas administrativas sejam revistas e que processos de produção sejam modificados.³⁴⁴

Dada a complexidade progressiva dessas relações nas modernas sociedades industriais, verifica-se uma crescente perda de importância do parlamento como centro de formação da vontade racional. Isso porque a discussão política na ciência e na esfera pública ao longo das últimas décadas traduziu o fato de que muitas das decisões que seriam competentes ao sistema político, por intermédio de seus deputados em plena atuação político-partidária no parlamento, passam a ser tomadas por líderes de bancadas parlamentares no seio dos aparatos partidários, bem como, através de uma burocracia estatal.

Essa migração da dimensão política de arenas oficiais (parlamento, governo, administração política) para uma zona cinzenta do corporativismo é enfatizada por BECK ao afirmar que a influência das associações, que controlam aparatos funcionais burocraticamente organizados, estende-se tanto às decisões do executivo estatal como também à formação da vontade dos partidos políticos.³⁴⁵ Por consequência, processos decisórios políticos já não são mais concebidos como a mera imposição ou aplicação de

³⁴³ DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental. Perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Ed. SENAC, 2003, p. 46.

³⁴⁴ Ibid., p. 47.

³⁴⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 282.

um modelo previamente fixado, através da especialização do sistema político e de suas instituições, muito embora sejam funcionalmente necessários.

A tomada de decisões está, no contexto da modernização reflexiva, cada vez mais aberta a uma multiplicidade de questões sociais, materializadas pela opinião pública, que passa a ter uma recorrente postura crítica na defesa dos direitos democráticos, quer por meio dos movimentos sociais, quer por intermédio dos meios de comunicação, que passam a ampliar a consciência dos novos riscos civilizacionais, reforçando o caráter moral dos seus efeitos.

Haveria, então, uma nova “cultura de risco”, entendendo o termo cultura como o patrimônio intelectual e material de uma coletividade, constituído pelos valores, normas, linguagem, símbolos, modelos de comportamento etc. Seria um sistema de significados que orientam as ações e as interações dos indivíduos, representando um conjunto de concepções e o correspondente sistema de valoração das diversas situações nas quais o risco pode aparecer, e dos comportamentos pessoal e social tidos os mais válidos para exigir os consequentes perigos segundo o próprio cálculo pessoal das probabilidades.³⁴⁶

Dessa maneira, no âmbito ambiental, novos centros de definição de riscos ecológicos são criados, cujos efeitos sociais, econômicos e políticos passam a ser redimensionados, a partir de uma complexa interação entre ciência, prática e opinião pública, dando os principais contornos do que está a definir como *subpolítica*. Diante de uma ampla ativação política, os cidadãos, através de grupos de iniciativa, movimentos sociais, até formas alternativas e críticas de atuação profissional, lutam para favorecer os seus interesses em diversos temas possíveis, exatamente por estarem suscetíveis a diferentes foros decisivos da subpolítica. Destaca-se, assim, a luta de diferentes atores sociais, que com a ambientalização de seus discursos, passam a promover novas ações relativas à proteção ambiental.

Essa interpenetração entre ciência civilizatória, conflitos interpretativos interdisciplinares e movimentos de protesto com eficácia junto à opinião pública faz-se evidente na evolução dos movimentos ambientalistas.³⁴⁷ Com a evidência social das ameaças à natureza através de processos de industrialização e a assimilação de sistemas de

³⁴⁶ COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 80.

³⁴⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 243.

interpretação científica, unificaram-se num protesto geral o crescente desconforto público decorrentes dos efeitos claramente destrutivos da degradação ambiental.

Nesse contexto, a mídia, em suas diversas plataformas de divulgação de informações (televisão, jornais, rádio, internet etc.) passa a lograr considerável relevância para a percepção pública dos novos riscos que ameaçam o meio ambiente, ao disseminar o conhecimento sobre a potencialidade de seus efeitos, bem como, os discursos sociais produzidos pelos movimentos ambientalistas, que traduzem a necessidade premente de políticas ambientais mais efetivas. Trata-se, então, de um poder conferido aos meios de comunicação em massa, para definir problemas e prioridades na seara ambiental, num constante elo comunicativo com a esfera pública, ao destacar em meio à profusão de constatações hipotéticas algumas que assumem o suplemento da proeminência e da credibilidade, bem maior do que se fossem meros resultados científicos.³⁴⁸ Constatações hipotéticas que rapidamente transformam-se em pauta política, incitando novos movimentos legislativos tendentes a criação de novos instrumentos de proteção.

Vê-se a importância da *subpolítica*, aqui simbolizada também pelo poder exercido pelos meios de comunicação, no quadro da sensibilização pública para os riscos ecológicos, ao promover demandas políticas por soluções imediatas, influenciando, assim, em resultados eleitorais, o que demonstra a impotência da política em face das diversas arenas da *subpolítica*.³⁴⁹

Nesse sentido, o discurso ambiental difunde-se por toda a esfera da *subpolítica*, construindo alternativas comprometidas não apenas com a ideologia dominante, presente nos processos econômicos, políticos e sociais, e sim, também, com as ideologias subordinadas e emergentes. É através de uma descentralização ideológica, que diferentes discursos compõem novos cenários sociais, os quais irão impactar a dogmática penal.³⁵⁰

³⁴⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 293.

³⁴⁹ “Políticos são obrigados – especialmente durante as campanhas eleitorais – a simular um poder decisório que eles, melhor que ninguém, sabem ser uma lenda determinada pelo sistema, que também poderá passar por cima deles na primeira oportunidade. Essas ficções têm sua realidade na encenação e na estrutura do poder funcional da sociedade industrial. Eles tem também sua irrealidade na emergente selva de opacidades, que é justamente um resultado da modernização reflexiva”, *ibid.*, p. 338.

³⁵⁰ A descentralização refere-se ao reconhecimento da crise das instituições políticas, que tem fortalecido o papel da ação participativa como instrumento para o desenvolvimento de uma política democrática. As novas experiências sociais, fundamentadas nas práticas cotidianas e originadas de necessidades, anseios, medos e motivações, desembocam na politização e modificação do espaço público, propiciando a formação de um novo “sujeito de direito”, reconhecido, segundo SADER, como “coletividade onde se elabora uma identidade e se organizam práticas através das quais seus membros pretendem defender seus interesses e expressar suas vontades, constituindo nessas lutas”. Desse modo, o espaço político unificado e homogêneo cede lugar à

O termo *discurso* pode ser concebido como forma de prática social e não como atividade puramente individual ou reflexo de variáveis situacionais.³⁵¹ Nessa linha, o discurso é socialmente constitutivo, pois contribui para a constituição de todas as dimensões da estrutura social que, direta ou indiretamente, o moldam e o restringem.³⁵²

Em linhas gerais, FAIRCLOUGH propõe uma análise do discurso como modo de prática política e ideológica. O discurso como prática política estabelece, mantém e transforma as relações de poder e as entidades coletivas (classes, blocos, comunidades, grupos) entre as quais existem relações de poder. O discurso como prática ideológica constitui, naturaliza, mantém e transforma os significados do mundo de posições diversas nas relações de poder.³⁵³ Nesse sentido, diferentes tipos de discurso em diferentes domínios ou ambientes institucionais podem vir a ser investidos política e ideologicamente de formas particulares.³⁵⁴

Nessa direção, nota-se que o discurso ambiental pode ser verificado em diferentes domínios, quer através da divulgação de catástrofes ecológicas por bases midiáticas, quer através de demandas por maior proteção ambiental presentes nos movimentos ambientalistas, sempre convergindo na formação da opinião pública, tendente a exigir dos poderes constituídos providências imediatas. Constata-se, então, que não há uma formação de uma ideologia única, centrada em bases necessariamente conhecidas, e sim, a formação de diferentes discursos, diferentes significados de mundo, que se entrelaçam nas diversas esferas de poder presentes na tessitura da vida social.

FOUCAULT foi quem empreendeu com extrema propriedade um vasto estudo sobre as transformações discursivas ao longo dos séculos, aproximando as práticas discursivas às relações de poder. As práticas de poder aparecem como imediatamente constitutivas das práticas discursivas, perdendo importância a mera contraposição entre discursivo e o não

pluralidade de práticas participativas e atuações coletivas implementadas por novos sujeitos coletivos, WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2003, p. 95 e ss.

³⁵¹ FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Trad. Izabel Magalhães. Brasília: UnB, 2001, p. 90.

³⁵² Ibid., p. 91.

³⁵³ Ibid., p. 94.

³⁵⁴ Ibid., p. 95. O discurso pode referir-se a uma ideologia formalizada, de modo que esta não pode existir fora um de um discurso. Isso não permite afirmar que ambos os conceitos devem ser equiparados, pois, teoricamente, é possível pensar na diferença entre ideologia e discurso de tal modo que seja possível entender que a ideologia pode existir em distintos discursos (no totalitário, no jurídico, no científico, por exemplo), CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica. Ensaio sócio-semiológico*. Trad. Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1995, p. 31 e ss.

discursivo.³⁵⁵ Assim, toda análise ideológica deve ser pensada a partir do modo como os sentidos discursivos se entrecruzam com as relações de poder.³⁵⁶

Nesse talho, é possível visualizar que os discursos ambientais, na medida em que traduzem as situações de ameaça em decorrência dos efeitos de novas tecnologias de risco, gerando quadros de insegurança social e colaborando na formação de um ambiente complexo e contingente, favorecem o desencadeamento de uma crise ecológica com efeitos éticos bastante nítidos, interferindo ideologicamente no sistema (sub)político e, por consequência, no sistema jurídico, o que denota a circulação dinâmica e generalizada do poder através da interdependência desses sistemas, conferindo-os uma relação *sinalagmática*.³⁵⁷

Assim sendo, a “verdade ambiental”, centrada na forma do discurso científico e submetida constantemente a uma incitação política, circula nos aparelhos de informação, tornando-se objeto de confrontos sociais, de lutas ideológicas,³⁵⁸ impactando as estruturas jurídicas, passando o direito, então, a atuar na formação do imaginário social através de uma rede simbólica que legitima certos padrões de comportamento, distribui e reafirma papéis sociais e quotas de poder dentro da sociedade civil.³⁵⁹

³⁵⁵ FOUCAULT utilizou o conceito de *verdade* para uma rica análise dessas práticas no seio da sociedade. A *vontade de verdade* revelou-se como um sistema historicamente constituído, envolvendo diretamente um conjunto de instituições sociais e políticas, contudo não apenas inscrita na dinâmica “interna” dos discursos, ALVAREZ, Marcos César. *Michel Foucault e a ordem do discurso*. In: Sete ensaios sobre o Collège de France. 2ª. ed. Afrânio Mendes Catani e Paulo Henrique Martinez (orgs.). São Paulo: Cortez, 2001, p. 82-84. Em diversos escritos, FOUCAULT expõe a linha histórica dos discursos verdadeiros, concebendo as práticas judiciárias como práticas sociais, oferecendo uma gama de caminhos possíveis para análise dos discursos de verdade em suas conexões estratégicas, pensando a mecânica do poder em sua forma capilar de existir, ou seja, “no ponto em que o poder encontra o nível dos indivíduos, atinge seus corpos, vem se inserir em seus gestos, suas atitudes, seus discursos, sua aprendizagem, sua vida cotidiana”, FOUCAULT, Michel. *Sobre a prisão*. In: Microfísica do poder. 13ª ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 131. Ver, ainda, FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. de Raquel Ramallete. 37ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 43 e ss; FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009, p. 10 e ss e FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 15ª. ed. São Paulo: Loyola, 1996, p. 14 e ss. Sobre os discursos de verdade em FOUCAULT e os reflexos para o direito penal, cf. PAPA, Douglas de Barros Ibarra. *Qual o futuro da punição?* In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 228, p. 12-13, nov., 2011.

³⁵⁶ Nesse sentido, SUDATTI, Ariani Bueno. *Dogmática jurídica e ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Bakhtin*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 34.

³⁵⁷ Se, de um lado, o direito é posto basicamente por decisões políticas, de outro, a diferença entre lícito e ilícito passa a ser relevante para os órgãos políticos supremos, inclusive para os procedimentos eleitorais de sua escolha, NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 90.

³⁵⁸ Sobre a dinâmica da verdade, cf., FOUCAULT, Michel. *Verdade e poder*. In: Microfísica do poder. 13ª ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 13.

³⁵⁹ SUDATTI, op. cit., p. 58.

Em termos sistêmico-teoréticos, é possível, portanto, caracterizar o Estado de Direito como espaço de entrecruzamento horizontal de dois sistemas de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito.³⁶⁰ Dito de outra maneira, a obrigatoriedade e validade das normas jurídicas editadas em meio a uma profusão de discursos, não virá delas como entes isolados, nem de seu escalonamento estrutural, mas do contexto social de poder, em que a práxis e as relações pragmáticas têm lugar. A sua força imperativa deve sempre ser buscada antes nas relações sociais do que numa esfera de sentido de validade abstrata e autônoma, desligada dos fatos.³⁶¹

Nesse enfoque, a norma jurídica deve sempre sintetizar organicamente uma esfera de significação e uma esfera de poder, uma base de ser e dever-ser, uma dinâmica de relações sociais de onde ela possa haurir sua força vinculante para determinar a vontade, força esta que não pode provir apenas de sua significação lógica, nem exclusivamente da vontade geral, sem nenhum compromisso com o real social, histórico e cultural da comunidade jurídica.³⁶²

Essa análise comprova que não se pode reduzir o sentido da norma jurídica apenas à dimensão linguístico-simbólica, pois existe um mundo ativo extralinguístico, constituído pela práxis, possuindo uma estrutura empírica de sentido. É o mundo da percepção do contato com a realidade, com o um sistema de crenças, ideologias e estratégias perceptuais.³⁶³ Um mundo discursivo, em que a percepção social dos riscos (ecológicos) deve ser analisada como um componente estrutural na formação de um direito destinado a proteção de valores e interesses ambientais.

Diante desse quadro teórico, vê-se a importância da análise das relações existentes entre as práticas sociais e o discurso ambiental no âmbito do direito penal do ambiente, permitindo demonstrar como a funcionalidade dos (sub)sistemas sociais implica alterações significativas na dogmática penal.

A visão sistêmica-teorética proposta por LUHMANN permite analisar como o direito penal, na tentativa de minimizar os riscos ecológicos surgidos com a modernização, se comunica com o sistema (sub)político da sociedade, operando-se de forma fechada em seu

³⁶⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 91.

³⁶¹ ALVES, Alaôr Caffé. *Linguagem, sentido e realidade da norma jurídica*. Tese de Livre Docência. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1996, p. 5.

³⁶² *Ibid.*, p. 72.

³⁶³ *Ibid.*, p. 202 e ss.

interior, porém aberto às entradas e pressões do “ambiente”. O seu paradigma procedimental permite compreender como a engrenagem dos sistemas sociais, no cenário de uma crise ecológica, permite que as finalidades político-criminais tendentes à proteção do ambiente se transformam em módulos da própria vigência do direito penal ambiental, de modo que o bem jurídico ambiente encontra-se no ponto de convergência entre os discursos sociais - traduzidos em diretrizes da política criminal - e a dogmática penal.

Se a penetração da política criminal no âmbito jurídico, guiada por um viés teleológico³⁶⁴ somente é possível através do bem jurídico-penal, o que pode ser comprovado no âmbito do direito penal do ambiente, porquanto o discurso ambiental se dispersa entre os sistemas sociais, tem-se que as expectativas, os interesses e os valores ambientais acabam por ser plasmados pelo bem jurídico.

Isso já demonstra que o bem jurídico não possui simplesmente um caráter formal, ao contrário, ele pode estar materialmente demarcado, mantendo-se como padrão crítico e critério de legitimidade das normas penais que tutelem o ambiente, desde que não permaneça como um sistema cerrado, senão como um sistema aberto, suscetível às pressões do entorno social, visto que deve implicar sempre uma valoração massiva e universal.³⁶⁵

É nesse contexto que se pretende analisar a legitimidade do direito penal ambiental, sob o ângulo do bem jurídico. Porém, um passo anterior a essa análise está em demarcar esse direito penal ambiental como um direito penal do risco, levando-se em conta a peculiar sistematicidade do risco na teoria social contemporânea, a funcionalidade dos (sub)sistemas sociais envolvidos e toda uma discursividade impregnada de valores e interesses ambientais. É o que resta, nos limites desse estudo, para se analisar propriamente o ambiente enquanto bem jurídico-penal, sem deixar de avaliar, em certa medida, como os pressupostos até aqui levantados podem, de fato, contribuir na construção de um entendimento crítico acerca do tema.

³⁶⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 102.

³⁶⁵ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Los bienes colectivos*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986, p. 155; GRACIA MARTÍN, Luis. *La modernización del derecho penal como exigência de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, n. 3, 2010, p. 57-58.

2.3 Direito penal ambiental como direito penal do risco

Em uma perspectiva histórica, observa-se que a tutela penal do ambiente era inimaginável até algumas décadas atrás, se limitando apenas ao aspecto simplesmente patrimonial do direito de cada cidadão em não ver perturbado o desfrute pacífico do ambiente ameaçado por condutas danosas. Até então, quando o interesse individual se passava ao coletivo, tratava-se sempre de uma visão circunscrita ou limitada, e não abrangente de ambiente.³⁶⁶

O direito penal ambiental é por excelência um dos ramos do direito penal moderno, o qual passa a estar constituído por um grupo de tipos delitivos com um conteúdo de injusto relativamente homogêneo, em virtude do dado comum de que em todos eles se constata a realização de condutas que representariam apenas, no máximo, um simples e mero perigo abstrato para bens jurídicos individuais.³⁶⁷ Além de ser um típico direito penal moderno, o direito penal do ambiente representa o campo no qual se desenvolve de modo preferente e especialmente intenso a polêmica atual sobre a modernização do direito penal.

Embora o moderno direito penal do ambiente também forme parte do direito penal econômico, como propõe, por exemplo, TIEDEMANN, a transcendência e importância do ambiente faz SCHÜNEMANN atribuir, com razão, o caráter de segundo bem jurídico mais importante depois da existência e da preservação da espécie do *homo sapiens*, possuindo o direito penal ambiental, portanto, peculiaridades próprias de regulamentação jurídica.³⁶⁸

As características desse novo direito penal ganham expressão no contexto da sociedade de risco, permitindo que os bens jurídicos de titularidade supraindividual, como o ambiente, a economia etc., passem a estar definidos no contexto de uma relação social complexa, de um fenômeno macrossocial.³⁶⁹ É nesse novo contexto que o direito penal

³⁶⁶ Cf. REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 104.

³⁶⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 47. Para BOTTINI, os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal do risco, quer pelo alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos, quer pela dificuldade de elucidação de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias, sobretudo no âmbito dos bens jurídicos coletivos, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 119 e ss.

³⁶⁸ GRACIA MARTÍN, op. cit., p. 60-61; SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal*, ADPCP, tomo XLIX, fasc. I, enero-abril, 1996, p. 193.

³⁶⁹ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del "derecho penal del riesgo"*, RCSP, La idea del riesgo aplicada al sistema penal, n. 13, diciembre, 2003, p. 12.

tende a gerar uma explosão de funções preventivas no campo econômico-social, de tutela de segurança coletiva, na tentativa de responder a uma necessidade de proteção do futuro, nem sempre orientado aos fins, mas utilizado como uso político, como instrumento para o alcance dos objetivos de controle e de delimitação dos riscos socialmente graves e suas potencialidades cumulativas.³⁷⁰ Nesse sentido, se há uma pretensão em estabelecer uma análise crítica sobre a teoria do bem jurídico nesse cenário, imprescindível é uma abordagem pontual desse fenômeno, utilizando-se como ferramenta metodológica a teoria sistêmica por propiciar um olhar multifocal sobre a problemática.

2.3.1 Sociedade de risco e a expansão do direito penal

Conforme já desenvolvido no capítulo anterior, o objetivo da vida na sociedade atual é a redução da complexidade através de padrões comportamentais, adotando-se, assim, expectativas compartilhadas, a fim de reduzir e estabilizar progressivamente o risco que permeia a contingência social. Nesse sentido, a funcionalidade dos sistemas sociais está destinada a reduzir os riscos presentes no seio social, passando o direito a fluir de forma legítima e controlável, através de uma generalização congruente de expectativas normativas comportamentais, institucionalizando-se ao nível da própria sociedade.

Na tentativa de localizar a função específica do direito no âmbito da complexidade dos sistemas sociais, LUHMANN sustenta que a estrutura jurídica deve ser concebida funcional e seletivamente, pois a sua função reside na seleção de expectativas comportamentais que passam a ser generalizadas, permitindo um alívio às expectativas:

O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática. A coação relevante para o direito em termos constitutivos reside na obrigatoriedade de selecionar expectativas, a qual, por seu lado, em poucos mais importantes casos pode motivar a imposição de determinados comportamentos. A necessidade de segurança que molda o direito se refere inicialmente à segurança das expectativas próprias, principalmente enquanto expectativas sobre expectativas, referindo-se apenas secundariamente à segurança do preenchimento dessas expectativas através do comportamento esperado. Apenas após assegurar-se a congruência das expectativas através do direito do sistema social é que podem se desenvolver formas mais elevadas da

³⁷⁰ DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal. Lima: Ara Ed., 2010, p. 44-45.

generalização específica a cada dimensão, assim como congruências ao plano reflexivo das expectativas sobre expectativas. Nesse sentido o direito é uma das bases imprescindíveis da evolução social.³⁷¹

Nesse contexto, o papel desempenhado pelo direito penal na sociedade moderna demonstra muito bem essa estratégia de minimização dos riscos, a partir do deslocamento do duplo problema da complexidade e contingência para o interior da própria estrutura normativa penal, sustentando-o na forma de uma contradição, a partir do recuo a uma projeção contrafática. O instrumento punitivo torna-se então um mecanismo que gera as possibilidades do “esperar-se normativamente”,³⁷² selecionando e articulando as expectativas ao nível normativo quando forem vitais a segurança e a integração social das expectativas.³⁷³

Como já visto neste estudo, a teoria sistêmica foi objeto de extensas análises de JAKOBS, muito embora o professor de Bonn sustente que um conhecimento superficial dessa teoria já permite perceber rapidamente que as suas considerações não são em absoluto consequentes a ela.³⁷⁴ Sem necessariamente entrar nesse delicado ponto, o que demandaria investigar em que medida a concepção de JAKOBS se afasta do modelo luhmanniano, é possível, a esta altura, ao menos realçar a concepção comunicativa do delito presente nos postulados do penalista alemão, traduzida na configuração de normas penais como normas de expectativas contrafáticas, ou seja, contra todos os fatos não mais aceitos pela sociedade. Nessa linha, o direito penal estaria destinado a restringir o âmbito das possibilidades, permanecendo sensível a desapontamentos de expectativas, o que o torna uma ferramenta útil na complicada tarefa de reduzir a complexidade.

No contexto de uma sociedade de risco global, esse modelo funcional ganha especial importância, pois o direito penal passa a exercer a função de aliviar a consciência social acerca dos riscos estruturais, minimizando-os através da introdução encoberta da possibilidade do comportamento oposto, prevendo a possibilidade de uma contradição à

³⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115.

³⁷² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 76.

³⁷³ Ibid., p. 58. Por outro lado, no nível cognitivo, isto é, no âmbito das normas que são convertidas *indiretamente* em normas sociais, é interessante notar que, segundo JAKOBS, a atuação penal não se justifica, pois elas se estabilizam por si próprias. Como exemplo, as regras da lógica, da matemática, as leis naturais, entre outras, são normas que uma vez infringidas não colocam em perigo o bem-estar do indivíduo ou do seu grupo, JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004, p. 77 e ss.

³⁷⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Estudos de direito penal. V. 6. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 2-3.

norma e estabelecendo uma sanção correspondente. No particular, SILVEIRA do mesmo modo sustenta que a idealização de uma sociedade de risco só pode ser entendida desde uma perspectiva do direito penal como um sistema aberto, próprio da teoria funcional luhmanniana, visto que o sistema jurídico, enquanto um subsistema social, utiliza de uma operacionalidade comunicativa, interagindo-se através das normas, para tentar solucionar a problemática dos tempos atuais.³⁷⁵ No mesmo sentido, COUTO DE BRITO entende que no direito penal moderno, como subsistema social, é indispensável o entendimento desta configuração e a aplicação da teoria sistêmica para a identificação do grupo (subsistema) social e de sua configuração, de forma que se possa indicar e delimitar o aspecto objetivo no qual se realiza o discurso.³⁷⁶

A funcionalidade do sistema punitivo no contexto da sociedade de risco já foi objeto de análise de vários autores, permitindo a construção de um conceito crítico, qual seja, “direito penal do risco”,³⁷⁷ designando-se uma forma de desenvolvimento e um conjunto de modificações estruturais através das quais o direito penal se adapta ao fenômeno do risco.³⁷⁸ O quadro de insegurança social em face dos efeitos dos riscos

³⁷⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 47-48.

³⁷⁶ COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 56.

³⁷⁷ O conceito “direito penal do risco” apareceu pela primeira vez em uma obra de JÜRGEN WOLTER, de 1981, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (“Acréscimo pessoal e objetivo do comportamento à lesão e perigo num sistema criminal funcional”), apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 121.

³⁷⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 34 e ss. Sobre os reflexos da sociedade de risco na dogmática penal, ver também DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal. Lima: Ara Ed., 2010, p. 37 e ss; GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 47 e ss; PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. Revista del Poder Judicial, n. 43-44, 1996, p. 61 e ss; PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 147 e ss; CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho y Proceso Penal, n. 4, Navarra, Aranzadi Ed., 2000, p. 133 e ss; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O direito penal entre a “sociedade industrial e a “sociedade de risco”*, RBCCRIM, n. 33, ano 9, jan./mar, 2001, 39 e ss; FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 71 e ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 27 e ss. Na doutrina brasileira, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: RT, 2010, p. 87 e ss; SILVEIRA, *Direito penal supra-individual*, cit., p. 121 e ss; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 90 e ss; BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007, p. 67 e ss; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 91 e ss; AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea. Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São

civilizacionais faz surgir uma autêntica demanda social pela intervenção punitiva, efeitos que são percebidos constantemente pela opinião pública, de maneira que quanto mais grave o dano temido, mas justificado estaria o direito penal a atuar em um ambiente específico. Desse modo, pressiona-se a política criminal de forma negativa, aumentando a carga repressiva e alçando o direito penal ao status de *prima ratio*.³⁷⁹

Há, assim, uma elevadíssima “sensibilidade ao risco”, visto que a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos, o que acarreta uma sensação generalizada de insegurança, sobretudo diante da pluralidade de opções existente no âmbito da complexidade social. Além dessa pluralidade de opções, soma-se a abundância de informações e a falta de critérios para a decisão do que seja bom para a sociedade, gerando uma grande fonte de dúvidas e incertezas, de modo que a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, particularmente, o direito penal, deve oferecer uma resposta.³⁸⁰

Nesse contexto, tem-se que o se denomina de *paradoxo do risco*, traduzido no descompasso entre rapidez na produção de novos produtos geradores de risco e a lentidão no desenvolvimento de instrumentos capazes de determinar as consequências possíveis de sua utilização. Trata-se de uma espécie de esquizofrenia estrutural da sociedade de consumo, haja vista o temor diante do risco que conforma o paradoxo que envolve as relações sociais e a produção da política criminal. A consolidação deste paradoxo turba as expectativas de comportamento asseguradas pelas construções normativas, pois em face da ausência de instrumentos para a caracterização dos efeitos possíveis do novo cria-se a sensação de insegurança que abala as expectativas de preservação de bens e do livre desenvolvimento humano.³⁸¹

Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 117 e ss; PUCCI, Rafael Diniz. *Responsabilização penal na sociedade de risco*. In: SILVA, Luciano Nascimento (coord). Estudos jurídicos criminais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 199-240.

³⁷⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 36; GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 49; COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 94-95.

³⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 32 e ss; FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 75.

³⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito penal contemporâneo. Questões controversas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 112-113.

Esta sensação de insegurança é intensificada ao considerar que os debates concernentes à dinâmica dos riscos formulam decisões fundadas em consensos, permitindo uma valoração prévia de seus fins e a difusão pública das investigações sobre os riscos e sobre as consequências do avanço tecnológico. O problema, então, não radica necessariamente nas decisões que geram riscos, mas naquelas que os distribuem,³⁸² realçando, nesse ponto, o importante papel dos meios de comunicação na transmissão dessas decisões, que através de um movimento contínuo e derivado, as expectativas sociais são criadas dedutivamente, permitindo, assim, que a mídia defina e controle o papel social de cada pessoa, inclusive, muitas vezes, também impondo os estereótipos do que seja crime e qual o perfil do criminoso.³⁸³

Desse modo, conclui-se que o medo e o descontrole presente na sociedade de risco desembocam na tipificação total de condutas que promovam situações de risco, fazendo surgir um direito penal “esperançoso” em possuir aptidão de diminuir os riscos oriundos de atividades humanas,³⁸⁴ configurando a tendência cada vez mais progressiva da orientação de um discurso dogmático-penal à realidade dos problemas sociais.³⁸⁵ A nova dinâmica da sociedade atual em face dos riscos não é, contudo, necessariamente um obstáculo à dogmática penal, ao contrário, torna-se totalmente compatível às novas reflexões sobre a função e o fundamento da pena.³⁸⁶

Na seara ambiental, bem como no contexto de outros interesses difusos, como drogas, criminalidade organizada, economia, informática, comércio exterior, controle sobre armas bélicas, seguridade coletiva, proteção de consumidores, biotecnologia, terrorismo, paz pública, esse direito penal esperançoso torna-se evidente, pois essas realidades passam a reclamar uma necessidade de providências, abandonando o princípio da subsidiariedade, para ter, no direito penal, a solução primeira do controle social.³⁸⁷ A ampliação dos

³⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 30.

³⁸³ COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 94-95.

³⁸⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 94.

³⁸⁵ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 92.

³⁸⁶ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. Revista del Poder Judicial, n. 43-44, 1996, p. 66.

³⁸⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p. 122 e ss; MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 47-48; PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal*,

espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes – como os riscos ambientais que foram potencializados com o avanço tecnológico – passou a caracterizar um quadro de verdadeira expansão dos aparatos punitivos, flexibilizando regras de imputação e relativizando princípios político-criminais de garantia. Através de uma descentralização ideológica, em que diferentes estruturas (sub)políticas encontram-se envoltas permanentemente por discursos ambientais tendentes a exigir respostas imediatas, o direito penal torna-se o “*único instrumento eficaz de pedagogia político-social*”.³⁸⁸

Perante essa realidade difusa, em que diferentes sujeitos pertencentes aos níveis inferiores da sociedade passam a ser titulares “reais” de bens jurídicos difusos, ao tornarem vítimas potenciais dos inúmeros efeitos da degradação ambiental, adquire total sentido a existência daquilo que se denominou na Alemanha de “*atypische Moralunternehmer*”, expressão que designam os novos gestores da moral coletiva, os quais recorrem ao direito penal naquilo que especialmente lhe interessam.³⁸⁹ Nesse particular, enquadram-se os movimentos ambientalistas, propulsores de uma nova “ética ecológica”, os quais ao proporem novas metodologias de discussão no quadro de uma sociedade democrática e pluralista, a fim de construir um legítimo Estado de bem-estar ambiental, encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação dos instrumentos de punição, no sentido de protegerem todos os interesses envolvidos na manutenção da qualidade ambiental.

Sendo assim, a dinâmica política da sociedade para gerir adequadamente os riscos ambientais da modernização acarretou a intensificação dos movimentos político-criminais e alterações na dogmática penal, pois através de um novo imperativo moral, traduzido pela responsabilidade ética em face das questões ambientais,³⁹⁰ todo o sistema punitivo é invocado, de maneira que a legislação penal de proteção ao ambiente torna-se um exemplo claro de politização interna do direito penal,³⁹¹ a qual passa prever novas regras de

procesal penal y criminología. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 150 e ss; COUTO DE BRITO, op. cit., p. 96.

³⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 61.

³⁸⁹ Ibid., p. 62 e ss.

³⁹⁰ Nessa linha, PUCCI argumenta que “no plano da denominada Sociedade de Risco, o avanço tecnológico, o dinamismo econômico e as intervenções no meio ambiente teriam feito da responsabilidade um tema público. O princípio da responsabilidade atribuiria à geração presente “o dever de zelar pelas gerações seguintes”. É nesse contexto que se desenvolve “amplo movimento de juridicização com o fim último de determinar quem é o responsável pelo controle de riscos e a quem e como são imputados os prejuízos”, PUCCI, Rafael Diniz. *Responsabilização penal na sociedade de risco*. In: SILVA, Luciano Nascimento (coord). *Estudos jurídicos criminais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 217.

³⁹¹ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. Revista del Poder Judicial, n. 43-44, 1996, p. 74.

imputação, sendo que muitas delas são inadequadas e vulneradoras dos princípios gerais do direito penal.

Verifica-se, desse modo, a funcionalidade do direito penal na esfera ecológica, quando uma expectativa normativa é desapontada e, conseqüentemente, ocorre a não-aceitabilidade social de tal desapontamento, incorrendo sempre numa reação que aciona o sistema político encarregado da produção legislativa, que ao analisar o dito desapontamento, passa a criar normas penais, de expectativas contrafáticas. O direito penal, então, é desenvolvido pelo sistema político da sociedade, o que permite afirmar que a sua variabilidade é controlada por critérios de seleção da própria sociedade.

Nesse cenário, nota-se que os (sub)sistemas sociais estão constantemente entrelaçados, visto que o sistema jurídico, particularmente o subsistema penal, bem como o sistema político, encontram-se abertos ao “ambiente”, absorvendo todos os discursos oriundos dos novos centros de definição de riscos (mídia, opinião pública, partidos políticos, movimentos ambientalistas etc.). Como se verá no tópico seguinte, essa interação sistêmica pode ser verificada na realidade brasileira, tendo em vista não somente o contexto social e político em que foi editada a Lei Brasileira de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), mas a própria Constituição Federal de 1998, que trouxe um sólido prisma axiológico no que se refere a proteção do ambiente.

2.3.2. Política criminal e a proteção penal ao ambiente no Brasil

O direito penal, enquanto subsistema do sistema jurídico é desenvolvido pelo sistema político da sociedade, tornando-se reflexo da política do Estado que o reveste. O Estado liberal ou autoritário irá espelhar, politicamente, os anseios governamentais, permitindo que o direito penal e a própria política criminal que o orienta denotem o Estado de que fazem parte.³⁹² Na tutela de interesses difusos, como os que envolvem a criminalidade ecológica, a sintonia entre a moderna política criminal e as bases dogmático-jurídicas assume notável importância, merecendo profunda reflexão, a fim de que a

³⁹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 167-168.

demanda social por mecanismos eficientes de proteção ao ambiente não acarrete o desenvolvimento de uma legislação cunhada em moldes puramente simbólicos.³⁹³

Nesse sentido, a realidade brasileira no que se refere ao trato das questões ecológicas por meio do direito penal é um sinal de como os movimentos político-criminais podem impactar a estrutura dogmática na criação de conceitos imprecisos e pouco eficientes, em total desrespeito aos princípios basilares do direito penal (legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade, culpabilidade e ofensividade). Embora a política criminal esteja formulada nas decisões políticas e judiciais,³⁹⁴ o que já demonstra a ressonância entre o sistema político e jurídico, é fundamental que ela seja realizada à luz de parâmetros valorativos determinados, operando com dados empíricos e submetendo-os aos princípios referidos, adquiridos como limites da intervenção punitiva do Estado.³⁹⁵

Não é possível, então, distanciar as reflexões dogmáticas das valorações político-criminais, pois elas passam a ingressar na construção dos institutos de direito penal, devendo a ciência penal estar aberta ao conhecimento das ciências sociais, considerando, sobretudo, que o fenômeno criminal é um problema social e político. Existe, assim, uma

³⁹³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 168 e ss.

³⁹⁴ O saber político-criminal não está destinado apenas aos legisladores, mas também aos juízes, pois eles tomam decisões políticas, ao expressar uma decisão do poder do Estado. Por esse motivo, a política criminal é um resultado da interdisciplinaridade do Direito penal com a ciência política e em especial com a engenharia institucional. A função de ciência política está em precisar os efeitos das decisões legislativas e judiciais, notificando o dogmático e o juiz acerca das consequências reais dos efeitos produzidos pelo legislativo e sentidos pelo sistema judicial, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 155-156. Segundo BOTTINI, o papel do Poder Judiciário no modelo de organização política ocidental sofreu seguidas e importantes alterações com o passar do tempo, surgindo um novo personagem político, um novo ator na determinação de políticas públicas: o juiz. Na seara criminal, tem grande impacto, pois o Judiciário deixa de ser o mero aplicador da norma penal e passa a representar um agente de formulação de política criminal, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito penal contemporâneo*. Questões controversas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119 e ss. No contexto brasileiro, a partir de uma análise da política criminal exercida pelo STF, é possível verificar uma tendência em se consagrar um maior espaço de liberdade - e menos incidência do direito penal - do que a política criminal exercida pelo legislador, pesando sobre ela, contudo, uma propensão à seletividade quando do desenvolvimento de institutos que restringem a abrangência do controle penal como o princípio da insignificância, *ibid.*, p. 127. Para uma análise ampla acerca do tema, com dados empíricos sobre a aplicação do princípio da insignificância no STF, cf.. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*. In: *Justiça em Foco - Estudos empíricos*. OLIVEIRA, Fabiana Luci (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 147-175. E para uma análise conjuntural acerca do perfil decisório dos tribunais superiores (STJ e STF) no tocante a aplicabilidade do princípio da insignificância, cf. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. *RBCCRIM*, ano 20, n. 98, set.-out, 2012, p. 117-148.

³⁹⁵ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 154-155.

constante retroalimentação entre política criminal e dogmática penal, em um processo dinâmico de contínua influência entre os dois âmbitos do saber.³⁹⁶

Nessa linha, o paradigma penal das sociedades democráticas contemporâneas, deve fundamentar-se necessariamente na proeminência da política criminal no seio de uma *ciência conjunta do direito penal (gesamte Strafrechtswissenschaft)*.³⁹⁷ Noutras palavras, todas as reflexões teóricas, inclusive dogmáticas, no que concerne a adequação do direito penal à sociedade de risco implicam em um novo papel da política criminal, visto que o direito penal moderno deve ter como objetivo a melhor conformação social possível diante dos novos ambientes de risco, isto é, orientando e impedindo o cometimento de delitos e, paralelamente, praticando a prevenção ao sintetizar as exigências de um Estado de Direito com as de um Estado Social.³⁹⁸

Sob essa perspectiva, ROXIN propôs a construção de uma unidade sistemática entre política criminal e direito penal, de modo que as finalidades político-criminais possam se transformar em módulos de vigência jurídica, revelando, através de um pensamento sistemático, o aspecto teleológico de toda teoria do delito,³⁹⁹ o que permitiu a formação e a evolução de um *sistema* de direito penal, a partir de uma concepção de KANT, haja vista a unidade dos diversos conhecimentos existentes sob uma mesma ideia, orientados segundo princípios.⁴⁰⁰

Assim, o sistema passa a ser um elemento irrenunciável do direito penal de um Estado de Direito, pois além das razões ligadas à *segurança* na aplicação das normas jurídicas, nunca haveria a possibilidade de ser encontrada a solução *justa e adequada* para um caso jurídico-penal. Desse modo, o sistema jurídico-penal possui a sua teleologia

³⁹⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001, p. 155.

³⁹⁷ O termo foi desenvolvido por VON LISZT na forma de um modelo tripartido, compreendendo como ciências autônomas a dogmática penal, a política criminal e a criminologia, cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 20; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 46.

³⁹⁸ ROXIN, Claus. *La evolución del derecho penal y la política criminal en Alemania tras la segunda guerra mundial*. In: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 31.

³⁹⁹ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 101 e ss; ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2 ed. Alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 217-218. Nesse ponto, ROXIN distancia-se do funcionalismo sistêmico de JAKOBS, pois converte as premissas de um Estado liberal e social de Direito em categorias dogmáticas e em soluções de problemas jurídicos, com uma orientação político-criminal, idem, 2000, p. 53.

⁴⁰⁰ Idem, 1997, p. 193.

própria, com uma específica índole funcional e uma racionalidade estratégica, o que permite torná-lo não um sistema autônomo, mas um sistema autopoietico.⁴⁰¹

Nesse fluxo de ideias, FIGUEIREDO DIAS sustenta a existência de uma relação sistêmica e dialética capaz de conduzir a uma *unidade axiológico-funcional*. Esse ganho axiológico do sistema jurídico-penal condiciona a dogmática, devendo todos os institutos serem teleológico-funcionalmente determinados, como o princípio da legalidade, o da culpa, o da socialidade, o da preferência pelas sanções criminais não detentivas face às detentivas e o da referência jurídico-constitucional da ordem legal dos bens jurídicos.⁴⁰²

O referido alargamento da dogmática permitiu à Política criminal não apenas reforçar sua autonomia, mas ganhar uma posição de *domínio* e de *transcendência* face à própria dogmática.⁴⁰³ No contexto de uma renovada ciência conjunta do direito penal, as categorias e os conceitos básicos da dogmática penal devem ser não apenas “penetrados” ou “influenciados” por considerações político-criminais, ao revés, devem ser *determinados* e *cunhados* a partir de proposições político-criminais, estando, portanto, a Política criminal empenhada a definir os limites da punibilidade, tornando-a uma ciência *transpositiva*, *transdogmática* e *trans-sistemática* em face de qualquer direito penal positivo.⁴⁰⁴

A autopoiese do sistema político e jurídico, singularmente considerados, e a ressonância intersistêmica, através do processo de fechamento e abertura ao “ambiente”, permitem afirmar, portanto, que as proposições político-criminais ligadas à proteção do ambiente são capazes de impactar a construção de elementos dogmáticos. Na perspectiva de um direito penal funcional, em que o instrumento punitivo encontra-se voltado às consequências, orientado a partir dos processos de modernização e funcionamento das complexidades do mundo moderno, tem-se que as contribuições teóricas atribuídas à política criminal gravitam em torno de termos semânticos tais como “perigo”, “risco”, “segurança”, os quais passam a nutrir as experiências cotidianas, de insegurança e temores em escala concreta e global.⁴⁰⁵

No contexto ambiental brasileiro, essa ressonância intersistêmica é possível de ser visualizada quer em âmbito constitucional, quer em âmbito infraconstitucional. A

⁴⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 30.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 31.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 34-35.

⁴⁰⁵ HASSEMER, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. *RBCCRIM*, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994, p. 69.

Constituição brasileira afastou qualquer dúvida quanto à indispensabilidade de uma proteção penal do ambiente. Reconhecem-se a existência e a relevância do ambiente para o homem e sua autonomia como bem jurídico, devendo o ordenamento jurídico lançar mão da pena, ainda que em *ultima ratio*, para garanti-lo.⁴⁰⁶ Desse modo, incorporando o sistema axiológico que está na base das estruturas constitucionais brasileiras,⁴⁰⁷ o legislador ordinário passa a precisar quando uma conduta deve ser considerada lesiva ao ambiente, isto é, quando o perigo ou a lesão ao bem jurídico ambiente devem ser tidos como penalmente relevantes.⁴⁰⁸

Nesse sentido, tendo como pressuposto que a Constituição na acepção moderna é fator e produto de uma diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade, e que o processo de constitucionalização de determinadas questões apresenta-se como o processo através do qual se realiza essa diferenciação,⁴⁰⁹ pretende-se, ainda que de forma panorâmica, nos tópicos finais deste capítulo, avaliar o processo de constitucionalização da questão ambiental no Brasil e a sua vinculação com uma política criminal funcionalmente orientada à tipificação de condutas ofensivas ao ambiente. Tal enfoque irá permitir, primeiramente, analisar se a Constituição Federal de 1988 representa um mandato expreso de criminalização de condutas que afetem os bens jurídicos ambientais e, na sequência, avaliar se a Constituição desempenha uma função *descarregante*⁴¹⁰ para o direito penal ambiental, enquanto subsistema da sociedade, a ponto de gerar distorções dogmáticas nesse campo.

2.3.2.1 O tratamento às questões ecológicas na Constituição Federal de 1988: um mandato expreso de criminalização?

A configuração do ambiente como objeto de proteção encontra respaldo nas Constituições mais modernas, sobretudo a partir de 1970, em face do conteúdo político e

⁴⁰⁶ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 74.

⁴⁰⁷ Nesse sentido, cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. *Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral*. In: *Direito Ambiental em Evolução*. V. 2. PASSOS DE FREITAS, Vladimir (Coord.). Curitiba: Juruá, 2000, p. 30.

⁴⁰⁸ REGIS PRADO, op. cit., p. 74.

⁴⁰⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 65.

⁴¹⁰ O termo é de NEVES, *ibid.*, p. 72.

da relevância do fenômeno ecológico nesse período,⁴¹¹ estabelecendo-se um tratamento explícito em seus textos. A escala de valores essenciais ligada às questões ecológicas tornou-se um critério reitor da vida social, culminando no art. 225 da Constituição brasileira de 1988,⁴¹² que não ficou indiferente ao processo de constitucionalização dos mecanismos de proteção ambiental. Sem dúvida, como salienta REGIS PRADO:

a intenção do legislador constituinte brasileiro foi dar uma resposta ampla à grave e complexa questão ambiental, como requisito indispensável para garantir a todos uma qualidade de vida digna.⁴¹³

O indisfarçável compromisso ético de não empobrecer a Terra e a sua biodiversidade conduziu o processo de constitucionalização do ambiente no Brasil, característica também presente em outros textos normativos. Na realidade, a partir de um estudo comparado, BENJAMIM destaca que assim como essa, outras características comuns informam os diversos textos constitucionais, como a adoção de uma compreensão sistêmica e legalmente autônoma do ambiente, determinando um tratamento jurídico das partes a partir do todo; o estímulo à atualização do direito de propriedade, de forma a torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente; a clara opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem informados e democráticos, estruturados em torno de um devido processo ambiental; e uma nítida preocupação com a implementação, ou seja, com a indicação, já no próprio texto constitucional, de certos direitos e deveres relacionados à eficácia do direito ambiental e dos seus instrumentos.⁴¹⁴

Ressalta-se, no ponto, o paradigma ético ambiental presente na normatividade constitucional. Dentre os dilemas éticos relacionados à temática ambiental, está o antropocentrismo, especialmente o “*antropocentrismo alargado*”, adotado pela Constituição de 1988. Tal paradigma coloca o ambiente na figura do ser humano,

⁴¹¹ Cita-se a de Portugal (art. 66, I) de 1976, a da Espanha (art. 45) de 1978, a da China (art. 9º) de 1978, a da Suíça (art. 24, I) de 1974, a da Índia (art. 51, “g”) etc., FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995, p. 36-37. No âmbito do direito internacional, verificou-se uma proliferação de normas convencionais com temática ambiental, cujo objeto consistia na proteção de determinados espaços, bens ou elementos naturais, tendo como certo que a sua verdadeira evolução deu-se somente a partir da aprovação da Declaração de Estocolmo, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, AYALA, Patryck de Araújo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus*, RDA, ano 16, n. 62, abr/jun, 2011, p. 237-238.

⁴¹² Art. 225, *caput*, da CF: “*Todos tem 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*”.

⁴¹³ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 71.

⁴¹⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66-67.

propugnando, contudo, por novas visões do bem ambiental. O “alargamento” reside em considerações que imprimem ideias de autonomia do ambiente como requisito para a garantia de sobrevivência humana, considerando-lhe como bem de uso comum do povo e atribuindo-lhe inegável caráter de *macrobem*.⁴¹⁵

O art. 225 do texto constitucional estabeleceu uma visão ampla de ambiente, não restringindo a realidade ambiental a mero conjunto de bens materiais (florestas, lagos, rios etc.) sujeitos ao regime jurídico privado, ou mesmo público *stricto sensu*. Conferiu-lhe, na realidade, um caráter de unicidade e de titularidade difusa, passando o ambiente a constituir um bem abstrato de valor intrínseco, isto é, o seu valor não está diretamente ligado a ninguém isoladamente, mas sendo necessário para atingir a própria qualidade de vida humana, levando-se em conta a necessidade do sistema ecológico.⁴¹⁶

Nesse contexto, vale registrar que toda carga axiológica presente no art. 225 da Constituição é marcada sob uma nova ordem pública global, considerada no âmbito de um projeto político de sociedade que prioriza e enfatiza o bem-estar coletivo. É nesse cenário que ganha relevo o “princípio da dignidade da pessoa humana”, especialmente em sua vertente relacional e comunicativa – o que denota a sua dimensão comunitária ou social – ao projetar suas consequências em realidades sociais e ecológicas da pessoa em um espaço público global.⁴¹⁷ A dignidade humana quando contextualizada perante um conjunto de valores de uma sociedade plural e de uma comunidade moral axiologicamente complexa, manifesta-se jurídica e politicamente na configuração contemporânea de Estado, em que o modelo de cultura constitucional acaba por permitir que o princípio proporcione uma

⁴¹⁵ MORATO LEITE, José Rubens. *Sociedade de risco e estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, passim. Essa visão ampla do conceito de bem jurídico ambiente será mais bem desenvolvida no capítulo 3 desta investigação.

⁴¹⁶ MORATO LEITE, José Rubens. *Sociedade de risco e estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 141. O campo de abrangência da proteção jurídica ambiental, contudo, alargou-se enormemente pela ampla conceituação dada ao seu objeto, que passou a incluir, ao lado dos recursos naturais, todos os bens que, de natureza material ou imaterial, se refiram à identidade, à ação, à memória da sociedade brasileira, às suas formas de expressão e sua maneira de ser, às suas criações científicas e tecnológicas, às suas obras e edificações, aos seus objetos e espaços culturais, enfim a tudo aquilo que se considera essencial para a plena realização da pessoa humana e para a vida na comunidade, e que pode ser chamado de patrimônio cultural da nação, FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995, p. 9 e ss.

⁴¹⁷ Destaca-se, nesse aspecto, a expressão “valor comunitário” desenvolvida por BARROSO, conforme já desenvolvido no capítulo 1 deste trabalho. Para este constitucionalista, vale reiterar, a referida expressão pode ser utilizada para identificar duas diferentes forças externas que agem nos indivíduos: o compartilhamento de crenças, interesses e compromissos de um grupo social e o de normas estatais impostas, BARROSO, Luís Roberto. *Here, there and everywhere*. Human dignity in contemporary law and in the transnational discourse (August 30, 2011). Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 35, No. 2, p. 49. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1945741>. Acesso em: 04 Mar. 2012.

proteção reforçada para todos aqueles que têm algum interesse afetado e que possam, de algum modo, compreender e vivenciar o valor dignidade.⁴¹⁸

Nessa linha, o dever estatal e social de reduzir os riscos, envolvendo escolhas em longo prazo e compromissos permanentes, com vistas ao desenvolvimento de todas as formas de vida, passa a ser o objetivo de maior proeminência de um Estado Ambiental. Frise-se, todavia, que em um Estado Ambiental que se encontra exposto a ameaças e aos efeitos de problemas ambientais diversos, somente se pode conceber uma proteção reforçada para os interesses de uma comunidade moral heterogênea e complexa a partir de um reforço sobre a própria consideração do primado da dignidade da pessoa humana, sob uma perspectiva de escala diferenciada, vinculada a noção de humanidade. Assim, o dever estatal e os deveres fundamentais atribuídos a cada membro desta comunidade política não se esgota na garantia do bem-estar destes mesmos membros, mas aponta para uma tarefa estatal e para deveres estatais e sociais perante a humanidade.⁴¹⁹

Esse novo modelo de Estado de Direito objetiva uma salvaguarda cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais (de todas as dimensões), em vista de uma construção histórica permanente dos seus conteúdos normativos. Revelou-se o ganho de uma nova dimensão, qual seja, o imperativo da proteção do ambiente, articulada dialeticamente com as outras dimensões já plenamente consagradas ao longo do percurso histórico do Estado de Direito.⁴²⁰

A Constituição brasileira de 1988 foi a primeira a prever a expressão “meio ambiente”, com um capítulo específico em que constam os princípios gerais da matéria, consequência da corroboração dos anseios da sociedade, que já se mostrava sensível às causas ecológicas, postulando a melhoria da qualidade de vida, quer a nível urbano, quer a

⁴¹⁸ AYALA, Patryck de Araújo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus*, RDA, ano 16, n. 62, abr/jun, 2011, passim; AYALA, Patryck de Araújo. *Constituição ambiental e sensibilidade ecológica: notas para a reflexão sobre um direito ambiental de segunda geração na jurisprudência brasileira*, RDA, ano 15, n. 60, out/dez, 2010, passim; SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 4ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 52 e ss.

⁴¹⁹ AYALA, Patryck de Araújo. *Constituição ambiental e sensibilidade ecológica: notas para a reflexão sobre um direito ambiental de segunda geração na jurisprudência brasileira*, RDA, ano 15, n. 60, out/dez, 2010, p. 21 e ss; AYALA, Patryck de Araújo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus*, RDA, ano 16, n. 62, abr/jun, 2011, p. 230 e ss.

⁴²⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-98.

nível rural.⁴²¹ Fixou-se o direito ao ambiente equilibrado a cada um, como pessoa humana, independente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência, denotando o seu caráter *difuso, coletivo, metaindividual, transindividual* ou *supraindividual*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada.⁴²²

Dentro desse contexto, deve-se analisar se o art. 225 da Constituição Brasileira de 1988, assim como art. 45, § 3º, da Constituição Espanhola - a primeira a consagrar de maneira clara e expressa em seu corpo a proteção penal do ambiente, como mandado de criminalização de segunda geração - impõe também um mandado expresso de criminalização. No Brasil, REGIS PRADO entende que o legislador constitucional erigiu expressamente o ambiente como bem jurídico-penal, embora, com fundamento na doutrina italiana, sustente que essa obrigação constitucional de tutela não significa um “engessamento” do legislador infraconstitucional na elaboração e conformação dessa tutela, visto que detém o controle do labor legislativo.⁴²³ Na Espanha, CORCOY BIDASOLO, analisando o referido art. 45, § 3º, sustenta que a partir do texto fundamental é possível conceber o ambiente como um direito do cidadão, cujo objeto é uma realidade objetiva e material, ou seja, ou recursos naturais se referem ao dever do cidadão e a indispensável solidariedade coletiva na defesa e restauração do ambiente, porém, o preceito constitucional deixaria dúvidas sobre qual é o bem jurídico que realmente se pretende proteger.⁴²⁴

⁴²¹ Nesse aspecto, fica insofismável que o Estado brasileiro, levando em conta a crise ecológica, tem passado por enormes exigências de transformação, ocorrendo, na verdade, um salto de Estado tradicional de direito para um Estado atento às necessidades de preservar o meio ambiente para as gerações futuras e como um direito e um dever de todos, MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 35.

⁴²² LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 18ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 128 e ss, FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2006, p. 21 e ss. A doutrina brasileira, sob influência italiana, tem optado pela nomenclatura “interesses difusos”, tomando os bens supraindividuais e difusos, senão por sinônimos, como complementares dos “interesses coletivos”, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 58. GRINOVER diferencia essas nomenclaturas, porém destaca duas notas essenciais decorrentes desses interesses ditos “difusos”. Uma relativa à sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos e outra relativa ao seu objeto, “que é sempre bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade”, GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 30 e ss.

⁴²³ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 75.

⁴²⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica*. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GARCÍA RUIDIAZ, Carmen. *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*. Navarra: Universidad Pública de Navarra

Diante dessa problemática, convém destacar a noção material-constitucional de bem jurídico defendida por REGIS PRADO, segundo a qual o sistema de valores vinculados a uma ideia de Constituição substancial passa a assegurar uma unidade material de sentido ao ordenamento jurídico - unidade normativa-material - sobre a base de um contexto valorativo, de modo que nenhuma norma infraconstitucional é facultada ignorar esse quadro axiológico e todas devem ser examinadas objetivando tornar possível sua real concreção.⁴²⁵ Nessa linha, a ideia de bem jurídico para o autor emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal.⁴²⁶

Sendo assim, considerando que o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição, a conceituação material do bem jurídico implicaria o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como valor. Estariam na própria norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas.⁴²⁷ Esse raciocínio demonstra ser coerente como a posição já considerada pelo mesmo autor de que haveria na própria Constituição Federal substratos suficientes para a configuração do ambiente como bem jurídico-penal, à luz do art. 225.⁴²⁸

Muito embora REGIS PRADO pondere quanto à inexistência de um *engessamento* do legislador infraconstitucional, de acordo com o que foi desenvolvido até este ponto da investigação, verifica-se que a teoria do bem jurídico pode render ainda mais como critério de legitimidade do direito penal ambiental. Adotando-se um conceito crítico de bem jurídico, isto é, como uma síntese normativa de uma pluralidade de interesses relacionados com a condição de cada indivíduo em um ambiente saudável, a problemática passa a ter outros referenciais. Isso porque, ao invés da criminalização dos comportamentos ser presumida tão somente pela norma constitucional, ela deve ser dotada de um sentido social

Ed., 2000, p. 63-64; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; VIVES-REGO, J. *La evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses*. Revista Poder Judicial, n. 83, 2006, p. 95. Ainda no contexto espanhol, cf. MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Problemas y eficacia del derecho penal del medio ambiente*. Especial referencia a la contaminación. Cuadernos de Política Criminal, n. 72, Comunidad de Madrid, 2000, p. 643 e ss.

⁴²⁵ REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 77.

⁴²⁶ Ibid., p. 81.

⁴²⁷ Ibid., p. 82-83.

⁴²⁸ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 75.

negativo, ou seja, toda incriminação deve implicar, antes de tudo, uma anterior e profunda discussão no âmbito político-social.⁴²⁹

Por essas razões, soa pouco convincente a tese de que a Constituição Federal, por meio do art. 225, pode ser considerada um mandado de criminalização de condutas ofensivas ao ambiente, mesmo que respeitados os princípios garantísticos do direito penal pelo legislador infraconstitucional. A teoria do bem jurídico tem o potencial de exercer com mais eficiência uma função crítica, tendo em vista que a questão central não está na interrogação acerca da existência de um bem jurídico legítimo na base da incriminação, senão a forma como é proposta a tutela desse interesse.⁴³⁰

Com efeito, para uma valoração desses interesses em uma dinâmica social peculiar, típica de uma sociedade de risco, a Constituição exerce sim um papel fundamental, pois na sociedade supercomplexa de hoje, fundada em expectativas e interesses os mais diversos e entre si contraditórios, o direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas de comportamento enquanto foram institucionalizados os direitos fundamentais sociais e os concernentes à liberdade civil e à participação política.⁴³¹

Contudo, mesmo nos processos de interpretação da Constituição, estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todos os poderes públicos, todos os cidadãos e grupos, de modo que no primeiro plano do processo interpretativo constitucional, encontra-se uma esfera pública pluralística que precisa ser considerada.⁴³² Dito de outro modo, a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.⁴³³ Isso demonstra que a Constituição é um critério relevante para conferir legitimidade às incriminações, mas não basta. Para que a teoria do bem jurídico exerça uma função crítica no âmbito do direito penal ambiental, é preciso

⁴²⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 386.

⁴³⁰ BECHARA, op. cit., p. 386.

⁴³¹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 78.

⁴³² Ibid., p. 83 e ss.

⁴³³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991, p. 14. Nesse sentido, a pretensão de eficácia constitucional (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas, devendo ser contempladas as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais, *ibid.*, p. 14-15.

perseguir outros critérios, passando as normas constitucionais a exercer um importante, mas tão somente, papel de referente negativo, com o objetivo de impedir que interesses não previstos na Lei Fundamental possam ser tutelados pelo direito penal.⁴³⁴ O rico cenário social que antecede e ao mesmo tempo compõem os debates constitucionais, tem a capacidade de preencher de conteúdo os bens jurídicos, embora sejam certamente necessários outros critérios para uma atuação legítima do direito penal.

Essa breve incursão sobre o processo de constitucionalização das questões ecológicas, sob um viés sistêmico, reafirma a importância da teoria do bem jurídico em conferir legitimidade às incriminações hodiernas, não somente a partir do texto constitucional. Ao revés, reitera-se a necessidade de situar o bem jurídico ambiental no complexo de relações sociais, a fim de que seja preenchido de conteúdo e materialidade, conferindo, assim, maior racionalidade à teoria, que passa a render como um importante critério de legitimidade na etapa legislativa. Isso porque a partir de um processo de valoração dos interesses e valores ambientais envolvidos, será possível verificar que nem todo bem jurídico ambiental necessita de proteção penal e nem mesmo toda relação social concreta necessita de proteção jurídica.

Saindo da esfera legislativa e analisando o plano fático, vê-se que a busca por legitimidade da atuação do direito penal em proteger o ambiente persiste. Em matéria ambiental, essa busca por legitimidade em uma situação concreta tornou-se algo complexo, pois em determinados casos, não se consegue visualizar qual exatamente o bem jurídico ambiental está a se proteger. A grande dificuldade está na concreção e estruturação dos tipos penais que protegem bens jurídicos coletivos, o que no contexto brasileiro, se verifica no âmbito da Lei 9.605/98, repleta de distorções, principalmente em decorrência de um processo de administrativização, que ocasiona, muitas vezes, a punição de comportamentos pelo mero descumprimento da regra da administração e, com isso, o delito acaba perdendo

⁴³⁴ BECHARA, op. cit., p. 378. No mesmo sentido, SILVEIRA entende que mesmo considerando a Constituição como marco jurídico-político interpretativo penal, ela não deve ser tida como um cerco para a progressiva democratização da intervenção punitiva do Estado. Segundo o autor, isso só poderia ser cabível em uma concepção completamente formal e piramidal do Direito, em que não haveria lugar para considerações quanto ao cidadão. Como a conceituação de bem jurídico deve romper esta ideia piramidal, permitindo a participação dos indivíduos na sociedade, tem-se a impossibilidade da norma constitucional delimitar, de maneira restrita, a impossibilidade de bens jurídicos fundamentais em uma organização social democrática, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 187.

sua visibilidade material, permitindo que a intervenção penal deixe de ser uma resposta a ações concretamente ofensivas ao bem jurídico.⁴³⁵

Se a partir de uma dada exigência constitucional, a política criminal passou a construir um verdadeiro sistema normativo para a tutela do ambiente, tem-se que no contexto brasileiro o cumprimento dessa finalidade enfrenta algumas inconsistências no plano dogmático. O próximo tópico pretende levantar parte dessas dificuldades, no contexto de um processo de administrativização do direito penal ambiental.

2.3.2.2 A administrativização do direito penal ambiental: a Lei 9.605/98

A necessidade de proteger o ambiente, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial – momento em que vários tratados de paz passaram a prever soluções para a totalidade dos assuntos políticos – intensificou os movimentos político-criminais na seara ambiental. No Brasil, o Código Criminal de 1830 já criminalizava o incêndio, através da Lei 3.311, de 15/10/1886, mas a primeira legislação restritamente atinente ao tema penal-ambiental surgiu com o Código Florestal (Dec. 23.793, de 23.01.1934), seguido pelo Código de Caça (Dec. 24.645, de 10.07.1934), ambos datados de 1934. Em seguida, promulgou-se o Código Penal de 1940, bem como a Lei de Contravenções penais, diante das transformações sociais, as quais exigiam uma legislação mais atual. Nos anos 60, um novo Código Florestal foi instituído (Lei 4.771, de 15.09.1965), bem como uma legislação de proteção a Fauna (Lei 5.197, de 03.01.1967), à pesca (Dec. – Lei 221, de 28.02.1967), às águas (Dec. 50.877, de 29.06.1961), e aos cetáceos (Lei 7.643, de 18.12.1987).⁴³⁶

Em 1998, com os parâmetros da Constituição de 1988 (art. 170, VI), uma nova lei foi editada, cuidando especificamente das atividades lesivas ao ambiente, abordando-se a fauna, a flora, a poluição e os demais crimes ambientais, além de tipificações atinentes ao ordenamento urbano e patrimônio cultural e à própria administração ambiental (Lei 9.605

⁴³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: RT, 2010, p. 201; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 244.

⁴³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 134-135; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Dos crimes contra o meio ambiente. Seção I - dos crimes contra a fauna (arts. 29 a 37)*. In: Comentários à lei de crimes ambientais - Lei nº 9.605/98. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 149 e ss.

de 12.10.98).⁴³⁷ A nova lei adotou a postura de criminalizar ações e omissões que constituíssem uma desobediência aos interesses da Administração, ao invés de atos efetivamente lesivos ao bem jurídico fundamental que se visava tutelar e justificadamente digna de proteção penal.⁴³⁸

Isso se deve a dramaticidade do problema ecológico que engendrou esforços para o ajustamento do direito penal destinado a uma eficiente proteção do meio ambiente. Na década de 80, a política criminal voltada à temática ambiental ganhou contornos mais relevantes, com a apresentação do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, que previa uma ampla previsão da criminalidade ambiental, com critérios mais seguros e experientes para a elaboração dos tipos de ilícitos, a determinação da sua estrutura e a escolha das modalidades mais apropriadas para a defesa ambiental, de acordo com as justificativas de eminentes juristas.⁴³⁹

Ocorre que nesse período, diante da intensa disseminação na consciência popular da importância da proteção ambiental, haja vista diversas denúncias de acidentes industriais, redução da camada de ozônio, poluição dos rios, do mar e da atmosfera, a defesa do ambiente transformou-se em tema fundamental, possibilitando que quatorze anos após a elaboração do Anteprojeto surgisse a Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, sob a pressão da mídia, tendente a fortalecer a consciência ecológica da população.⁴⁴⁰

Foi o início dos problemas e das dificuldades quanto a uma nova dogmática penal destinada a proteção do ambiente, sobretudo devido ao inter-relacionamento normativo entre o direito penal e o direito administrativo, de modo que a norma penal passa a estar, na maioria dos casos, dependente da norma administrativa, em razão da peculiar estrutura do objeto, e da própria unicidade e coerência que regem o ordenamento jurídico.⁴⁴¹ Na tentativa de dar respostas a um processo de intensificação da consciência da necessidade de

⁴³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 135.

⁴³⁸ REALE JR., Miguel. *A lei de crimes ambientais*. Revista Forense, v. 345, jan. –mar, 1999, p. 121.

⁴³⁹ FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995, p. 117. Sobre o anteprojeto, ver ainda REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 79.

⁴⁴⁰ No mesmo período, verificou-se na Alemanha um esforço generalizado para se “criar” um autêntico direito penal ambiental, passando o legislador a confiar na viabilidade de gerar uma espécie de sinergia normativa, que concorresse para a preservação de valores ambientais. Agravaram-se as sanções penais cominadas para múltiplas infrações e também instituiu infrações totalmente novas, HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*, *RBCCRIM*, ano 6, n. 22, abril-junho, 1998, p. 29-30.

⁴⁴¹ REGIS PRADO, op. cit., p. 86. As especiais conotações que apresenta a matéria ambiental - caráter difuso, técnico e complexo - e o estreito vínculo (muitas vezes indispensável) com a legislação administrativa impõem, com frequência, por exemplo, a configuração das normas penais em branco, *ibid.*, p. 82 e ss.

uma eficaz salvaguarda dos recursos ambientais, a política criminal passa a recorrer a técnicas que se consideram teoricamente necessárias para uma maior efetividade ou adequação para proceder à tutela, produzindo, conseqüentemente, uma forte tensão com os princípios fundamentais do direito penal.⁴⁴²

O processo de *administrativização* do direito penal, fenômeno que aparece diante do desaparecimento gradual da linha de distinção entre função defensiva e função promocional do conceito de bem jurídico,⁴⁴³ transformou radicalmente a configuração do direito penal material, ao consubstanciar penalizações de caráter formal, mas que não são efetivas, pois representam uma tendência a operar como controle social de maneira mais simbólica do que coercitiva ou instrumental.⁴⁴⁴

A proteção penal do ambiente é um dos exemplos mais evidentes dessa tendência, pois ao atribuir ao direito penal o papel de “gestor” dos problemas ecológicos em sua globalidade, aparecem diversas teses, dentre as quais, a que defende a proteção de contextos, isto é, âmbitos genéricos de proteção que configuram contornos esparsos, assentando progressivamente a tendência de relacionar a intervenção do direito penal com fenômenos estruturais, globais ou sistêmicos, convertendo-se em um direito de gestão punitiva de riscos globais e, portanto, *administrativizado*.⁴⁴⁵

Alarga-se o domínio de intervenção através de um direito penal novo, especial, *secundário* (*Nebensstrafrecht*), conhecido também como um direito contraordenacional ou de mera ordenação social, formado por um conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislações extravagantes e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de caráter administrativo.⁴⁴⁶

CORCOY BIDASOLO registra que, historicamente, desde o final do século XIX até o primeiro quarto do século XX, já existia na Alemanha uma extensa legislação penal

⁴⁴² MENDOZA BUERGO, Blanca. *El delito ecológico y sus técnicas de tipificación*. Actualidad Penal, n. 13, 25 al 31 marzo, 2002, p. 301.

⁴⁴³ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, RBCCRIM, n. 5, ano 2, jan/mar, 1994, *passim*.

⁴⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernado. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”*. *Notas sobre a política criminal no início do século XXI*. Revista Liberdades, n. 7, maio/ago, 2011, p. 33.

⁴⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 113-114.

⁴⁴⁶ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 14; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português*. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006, p. 27.

acessória (*strafrechtlichen Nebengesetze*) paralela ao Código Penal. Depois da Primeira Guerra Mundial, período em que se demandava a necessidade da intervenção do Estado na vida social, surgia não só na legislação alemã, mas em todas as legislações penais europeias, um fenômeno de incriminação de condutas caracterizadas como neutras, do ponto de vista ético-valorativo, por não haver uma clara consciência de sua antijuridicidade social. Desse modo, ao analisar o conteúdo material das distintas leis penais surgidas naquele período, tendo como o parâmetro o direito penal nuclear, materializado nos Códigos, surgiu a ideia de um direito penal acessório concebido como um direito penal administrativo, haja vista as penas previstas às violações de normas regulamentares/administrativas.⁴⁴⁷

Essa dependência do direito penal em relação ao direito administrativo é conhecida como *acessoriedade administrativa* (*Verwaltungsakzessorität*), que pode ser caracterizada por diversas formas, conforme acentua GRECO, ao distinguir aquelas que julga serem as mais relevantes.⁴⁴⁸ Nesse aspecto, convém analisar, contudo, os problemas estruturais de legitimidade, considerando a inafastabilidade da acessoriedade administrativa no direito penal ambiental. Por um lado, há quem defenda um modelo independente em que os parâmetros administrativos sirvam como meros indicativos não vinculantes para o juiz penal, incorrendo em um problema de segurança jurídica, pois o juiz teria um âmbito irrestrito de liberdade para determinar o conteúdo do direito penal. Entretanto, há posições que defendem um modelo típico de absoluta dependência, em que o tipo penal objetivo se aperfeiçoa com a mera desobediência administrativa, sem questionamentos materiais relacionados à afetação do bem jurídico ambiente.⁴⁴⁹

O legislador brasileiro, a exemplo do alemão, do austríaco e do espanhol, relativizou a acessoriedade administrativa, de modo que a tutela penal é *relativamente*

⁴⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *¿Cabe limitar la expansión del derecho penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?* In: Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann. Lima: Ara, 2008, p. 152. Na Alemanha, a Lei Penal de Economia (*Wirtschaftswidrigkeiten*, 1949) e a Lei das Contra-Ordenações (*Ordnungswidrigkeitengesetz – OWig*, 1952), são exemplos de leis que surgiram sob intensas discussões relativas a distinção material entre os ilícitos penal e administrativo, remontando aos célebres escritos de FEUERBACH e LUDEN, mas predominando, na atualidade, o debate em favor de uma diferenciação de acento quantitativo, D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 87.

⁴⁴⁸ GRECO, Luis. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*, RBCCRIM, n. 58, jan./fev, 2006, p. 159 e ss. Sobre as formas em que se dá a complementaridade do tipo penal por intermédio do direito administrativo, com importantes referências bibliográficas, ver também, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71 e ss.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 70.

dependente da normativa de cunho administrativo, o que significa que na proteção do bem jurídico ambiente, a lesão à norma administrativa integra o tipo de injusto como um de seus elementos. Trata-se de um modelo *misto*, com o qual se entende merecedor de sanção penal não as lesões contra o direito administrativo à margem de seus efeitos ecológicos, mas somente aquelas que venham causar um risco potencial ao ambiente.⁴⁵⁰

No âmbito da Lei 9.605/98, tem-se o exemplo do tipo penal previsto no art. 39, consistente em “*cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente*”. A correspondente infração administrativa está presente no art. 44 do Dec. 6.514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações:

Art. 44. Cortar árvores em área considerada de preservação permanente ou cuja espécie seja especialmente protegida, sem permissão da autoridade competente:

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por hectare ou fração, ou R\$ 500,00 (quinhentos reais) por árvore, metro cúbico ou fração.

Assim, quando o legislador descreve na hipótese fática a conduta de “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, *sem permissão da autoridade competente*”, admite, com a introdução no tipo do elemento que indica expressamente a relação de acessoriedade de ato administrativo individual, que a afetação do objeto material pode, excepcionalmente, ser valorada como adequada ao normal funcionamento da vida social. E o será quando amparada pela permissão outorgada pela autoridade competente.⁴⁵¹

Desse modo, verifica-se que uma das facetas da problemática existente nessa inter-relação entre direito penal e direito administrativo está exatamente na dificuldade de manter o bem jurídico ambiental como referente crítico dos tipos penais, pois há sempre uma forte tendência para que este modelo volta-se à mera tutela do sistema administrativo ambiental, distanciando-se de uma demonstração efetiva do perigo ou da lesão ao bem

⁴⁵⁰ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 86 e ss; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 140 e ss.

⁴⁵¹ Cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais*. Revista *Liberdades*, n. 08, set.-dez, 2011, IBCCRIM, São Paulo, p. 23 e ss.

jurídico como condição necessária para a configuração do modelo típico.⁴⁵² Quais os critérios para se definir a ocorrência de prejudiciais consequências ao ambiente que legitimem a aplicação do direito penal? Quais as efetivas incidências ecológicas, que acarretem certa nocividade para o bem jurídico ambiental, a fim de que a sanção penal não proteja tão somente o ato de mera desobediência administrativa, a pura infração das disposições do ordenamento administrativo?

Diante desses problemas, alguns esforços destinados a legitimar o direito penal secundário ou direito penal administrativo se desenvolveram especialmente na Alemanha. Os estudos partem do pensamento de GOLDSCHMIDT, que em 1902, publicou *Das Verwaltungsstrafrecht*, obra considerada um marco nessa discussão. O autor trabalhou com a diferenciação qualitativa entre direito penal e direito administrativo penal, fundamentando-a por meio da contraposição entre *Wollendürfen* (esfera dos sujeitos de direito) e a *Wohlfahrt* (esfera do agir estatal), de modo que o direito penal estaria destinado às condutas que lesionassem um bem jurídico, enquanto o direito administrativo penal àquelas que voltavam a não consecução de um bem,⁴⁵³ segundo o qual o direito penal administrativizado é iluminado por *bens ideais* e *sem sujeito*, por uma espécie de *bens secundários* relativamente à ordem jurídico-penal.⁴⁵⁴

Tal concepção é complementada por WOLF, quem, conferindo uma contextualização filosófica a essa diferenciação, acentua a particularidade do *dano administrativo*, diante da impossibilidade de sua referência a uma pessoa ou a uma coisa individual e da sua *imaterialidade*, no sentido de não ser um dano comprovável como “modificação do mundo exterior”, mas apenas como falta de cumprimento de uma tarefa imposta pelo Estado, configurando uma *materialidade transnaturalística e transpessoal*.⁴⁵⁵

⁴⁵² Isso indica o equívoco da *administrativização* da intervenção penal, pois basta que em geral representem estatisticamente um perigo para a ordenação de determinado setor de atividade para que se incriminem condutas que, na realidade, não atingem bens jurídico-penais, BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 03-05, mar., 2010.

⁴⁵³ Apud COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 192 e ss.

⁴⁵⁴ Registra-se que em 1833 CARMIGNANI já propunha uma distinção entre o ilícito penal (*crimina proprie dicta*) e o ilícito de polícia (*politae crimina*), estabelecida fundamentalmente na noção de ofensividade. Para o autor “crimes propriamente ditos” encontravam a sua razão de ser em uma lesão à segurança, os “crimes de polícia” não passariam de lesões à prosperidade. A previsão de crimes de polícia estaria legitimada pela necessidade de uma melhor e mais perfeita ordem social, apud D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 86.

⁴⁵⁵ Apud FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português*. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo

Frise-se que essa posição aproxima-se da recente doutrina de TIEDEMANN, que sustenta a ideia de uma “socialização” do conceito de bem jurídico, apontando para a distinção, na ordem dos bens jurídicos, entre aqueles que radicam imediatamente na proteção da *pessoa individual* e aqueles que se fundam na proteção de *valores supraindividuais* e, nesse sentido, *sociais*.⁴⁵⁶

FIGUEIREDO DIAS realça, nesse ponto, que a função de todo o direito penal, inclusive do direito penal administrativo, é a proteção de bens jurídicos, considerados como interesses socialmente relevantes cuja defesa é condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do homem. Isso demonstra que a elevação de um interesse à categoria de bem jurídico depende essencialmente não tanto do sistema social, mas da ordem axiológica jurídico-constitucional como expressão do espaço de consenso comunitário, possibilitando que os bens jurídicos do direito penal administrativo ganhem também a medida indispensável de especialização e de concretização.⁴⁵⁷

Ocorre que no âmbito do direito penal administrativo, a personalidade do homem apenas é possível se concebida como fenômeno social, ou seja, em comunidade e em dependência recíproca dela, de maneira que toda atividade penal administrativa se subordina à Constituição e se funda na legalidade democrática, tornando-se indiscutível a relação de mútua referência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos.⁴⁵⁸ Sendo assim, todo ilícito penal administrativo ou secundário é preenchido por condutas em si mesmas relevantes do ponto de vista ético-social, haja vista a dupla maneira de realização do homem na comunidade: a sua *realização pessoal*, que acarreta ao Estado a obrigação de proteger diretamente a esfera individual da pessoa e a

Vinícius Sporleder (Coord.). Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT, 2006, p. 43; COSTA, op. cit., p. 193.

⁴⁵⁶ Apud FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português*. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: RT, 2006, p. 44.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 44-45. Em outra oportunidade, o autor acrescenta que considerando a difícil distinção entre ofensas *admissíveis* e *inadmissíveis* ao meio ambiente, há uma difícil *ponderação de interesses complexos e diversificados* que pudesse ser levada a cabo pelo legislador penal, cabendo ao direito administrativo e aos agentes competentes para sua aplicação uma efetiva ponderação, apresentando a *acessoriedade administrativa* nesse domínio como absolutamente necessária, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português*. In: A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, p. 186.

⁴⁵⁸ Idem, 2006, p. 46-47. O penalista português destaca, ainda, que não se trata de uma relação de identidade ou recíproca cobertura, mas de analogia material, fundada numa correspondência de sentido, que deriva de a ordem axiológica constitucional constituir o quadro abstrato de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulador da atividade punitiva do Estado, *ibid.*, p. 47.

sua *realização social*, que vincula o Estado à tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objetivos de conformação comunitária.⁴⁵⁹

Nota-se, então, que o desenvolvimento de um direito penal secundário tem conduzido a um esfumaçamento dos valores tutelados, especialmente no que se refere à tutela jurídico-penal do ambiente, haja vista a relevante percepção pública dos novos riscos ecológicos, traduzida em discursos sociais produzidos pelos movimentos ambientalistas e bases midiáticas, os quais defendem a necessidade premente de políticas penais ambientais mais efetivas. O bem jurídico ambiente perde sua densidade ao se submeter a meros interesses político-criminais, incapazes de atender a uma pretensão de concretização, perdendo seu caráter crítico.⁴⁶⁰

Não obstante a acessoriedade do Direito Administrativo e a acessoriedade de ato administrativo sejam técnicas admissíveis e, muitas vezes, necessárias quando da configuração dos ilícitos penais ambientais, impõe-se, em certa medida, avaliar os significados dogmáticos que a técnica de reenvio ao ato administrativo individual ou à normativa administrativa de caráter ambiental assume em relação à configuração das categorias delitivas. Isso porque a opção por uma ou outra configuração típica repercute indiscutivelmente na tutela do bem jurídico ambiente: no primeiro caso, a atipicidade da conduta importará em ausência de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico; no segundo, em uma tolerância da lesão ou do perigo de lesão típicos.⁴⁶¹

Vê-se, então, que o direito penal ambiental, situado no âmbito do direito penal secundário, é um exemplo por excelência de uma técnica legislativa destinada a considerar o direito penal cada vez mais como ferramenta de controle *acessório* do direito administrativo, distanciando-se dos requisitos clássicos da generalidade e da abstração e

⁴⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal econômico e social português*. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006, p. 48 e ss.

⁴⁶⁰ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006, p. 72.

⁴⁶¹ Sobre esses significados dogmáticos, cf. CARVALHO, Érika Mendes de. *Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais*. *Revista Liberdades*, n. 08, set.-dez, 2011, IBCCRIM, São Paulo, p. 23 e ss.

transformando-se em instrumentos de administração de situações particulares ou de “emergências concretas”.⁴⁶²

Nesse contexto, é incontestável a existência da tutela de bens jurídicos também em âmbito administrativo, podendo-se afirmar, inclusive, que todo ilícito administrativo, sem exceção, tutela bens jurídicos, levando-se em conta um conceito demasiado amplo, como aquele vinculado a valores ético-sociais, os quais satisfazem os interesses comunitários. O problema está, contudo, em sustentar que todo e qualquer ilícito administrativo possui como objeto de tutela um bem jurídico-penal, implicando, consequentemente, uma insuportável abertura da categoria de bem jurídico na esfera penal, o que compromete a sua pretendida função crítica.⁴⁶³

Nesse cenário, é possível antever que as diferenças entre um direito penal nuclear, aquele normalmente previsto nos Códigos Penais, e o direito penal acessório, administrativo, extravagante, secundário, não dependem tão somente de questões de natureza sistemático-jurídica, obedecendo também outras de natureza político-jurídica, por estarem completamente conectadas com as decisões políticas. Isso demonstra que o direito penal secundário, em sentido material, tem, junto a um significado de origem histórica outro de corte ideológico, relacionado às considerações de política criminal sobre o bem jurídico.⁴⁶⁴

Portanto, para uma avaliação sobre a capacidade crítica do bem jurídico-penal na esfera ambiental, objetivo deste estudo, é necessário partir de uma real compreensão da realidade social, vez que o bem jurídico, em nenhum momento, pode perder sua materialidade, isto é, se desvincular de suas concretas formas de manifestação, devendo ser

⁴⁶² BECHARA, *O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo*. Revista *Liberdades*, n. 1, jan./abr. 2009, p. 17. Nesse sentido, ver, ainda, BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Delitos de acumulación e racionalidade da intervenção penal*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 03-05, passim.

⁴⁶³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 97.

⁴⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *¿Cabe limitar la expansión del derecho penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?* In: *Dogmática penal del tercer milenio. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara, 2008, p. 153. Nesse aspecto, verifica-se que as diferenças entre o ilícito penal e o ilícito administrativo não são ontológicas nem quantitativas, mas, sim, axiológicas e, por este motivo, condicionadas a um contexto histórico-social. Contudo, em alguns casos, pode-se verificar a efetiva existência de bens jurídicos supraindividuais cuja tutela transita em ambos os subsistemas jurídicos. Nessas hipóteses, a diferenciação terá como um de seus elementos centrais a ideia de ofensividade, que não é objeto de preocupação da esfera administrativa. Verificado o critério da ofensividade, a decisão passa a ser político-criminal, num contexto quantitativo, estando esta decisão justificada diante da dignidade penal dos bens jurídicos em questão, cf. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 254-255.

englobado como chances ou oportunidades de participação social. Noutras palavras, o bem jurídico deve absorver os interesses e valores, ou seja, deve ser penetrado pelos discursos e anseios sociais, a fim de que seja preenchido de sentido, de materialidade, a partir de determinados requisitos, identificados na experiência concreta da vida, para que adquira o *status* de bem protegido pelo discurso penal.

Ocorre que as criminalizações de bens característicos de uma sociedade tecnocientífica apontam uma problematicidade de maior envergadura. Atinge-se, na atualidade, um questionamento difuso, diante dos chamados bens de terceira geração, em que o foco é centrado em uma massa não definida, fazendo surgir nessa seara grandes celeumas, haja vista os impactos no próprio entendimento estrutural do direito penal contemporâneo.⁴⁶⁵

Os desafios em relação a uma efetiva proteção penal ao ambiente encontram-se situados nesse novo paradigma. Isso porque a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais como um todo tem apresentado déficits de legitimidade, considerando, sobretudo, as peculiaridades na sua caracterização e conceituação, a sua titularidade, os reais interesses a serem protegidos, a desindividualização dos sujeitos passivos e a antecipação das condutas delitivas.⁴⁶⁶

Desse modo, visualizado o contexto histórico, filosófico e sociológico em que se situa não somente a teoria do bem jurídico, mas também o próprio direito penal ambiental, e traçadas algumas das incongruências existentes, a investigação caminha para uma análise do ambiente, enquanto bem jurídico-penal, na busca de uma concepção e de critérios que permitam uma maior racionalidade no campo penal ambiental.

⁴⁶⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 53; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A construção do Bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n. 122, p. 14-15, jan. 2003.

⁴⁶⁶ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 96 e ss.

CAPÍTULO III

O AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO-PENAL

3.1 Notas preliminares

A experiência acumulada nos últimos anos tem revelado que o direito penal só pode cumprir uma função limitada na preservação do ambiente. Por meio de uma inquestionável função simbólica, o caminho empreendido pelo direito penal acaba sendo sem retorno, pois, ou se transmite a mensagem que a revogação dos crimes ambientais traduziria um verdadeiro retrocesso ou, ao revés, defende-se que, na realidade, o ambiente consiste em um autêntico bem jurídico-penal, de modo que se questiona o alcance e o modo da intervenção penal neste âmbito, mas não a necessidade desta intervenção.⁴⁶⁷

Nesse sentido, a teoria do bem jurídico passa a ser o ponto nodal no debate sobre a legitimidade do direito penal na proteção do ambiente, motivo pelo qual se faz necessário estabelecer uma concepção do que seja propriamente o ambiente enquanto bem jurídico passível de tutela, pois muitas das dificuldades para chegar a um acordo de qual bem jurídico está se protegendo no âmbito ambiental surge, indubitavelmente, da dificuldade em se delimitar o próprio conceito de ambiente.

O objetivo deste capítulo, portanto, é utilizar as bases dogmáticas já desenvolvidas neste estudo, a fim de apresentar as principais linhas teóricas acerca do conceito de bem jurídico ambiental - enquanto um autêntico bem jurídico supraindividual - na tentativa de identificar aquele que seja mais produtor no contexto de um direito penal racional destinado à proteção do ambiente. Parte-se de uma definição genérica de bem jurídico-penal, utilizando-a como ferramenta metodológica no processo de definição do conceito de bem jurídico supraindividual (ambiental).

⁴⁶⁷ ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *Trama de la vida y protección penal del ambiente*. In: SERRANO-PIEDRASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Directores). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, 2010, p. 155-156.

3.2 Bem jurídico: valor, objeto ou interesse?

Existe na doutrina penal uma divergência no que tange ao conceito de bem jurídico, entendido ora como *valor*, ora como *objeto* e, ainda, como *interesse*. Na perspectiva crítica, o bem jurídico assume, como já exposto no capítulo 1, uma categoria dialética, ou seja, passa a traduzir uma síntese normativa de interesses sociais, de modo que as raízes dos bens jurídicos encontram lastro no contexto social. Nesse aspecto, impõe-se analisar, em termos conceituais, a classificação ou a nomenclatura mais apropriada dos bens jurídicos que satisfaça esse critério crítico. O bem jurídico seria um objeto, um valor ou uma relação de interesse?

Sob uma ótica funcional, a considerar a ordem normativa capaz de expressar valores do Estado Democrático de Direito, o bem jurídico certamente não pode ser entendido como uma relação estática, senão como uma relação com um sujeito determinado. A partir desse conceito relacional, é possível compreender um vínculo valioso entre algo (ou uma realidade) e um sujeito, não considerado individualmente, mas influenciado pela relação com outras pessoas, traduzido em um substrato empírico, isto é, um vínculo entre sujeito e objeto valorado positivamente.⁴⁶⁸

Sendo assim, se os bens jurídicos constituem vínculos reais possibilitadores da liberdade externa de uma pessoa e, por isso, valiosos, constituídos a partir do atuar intersubjetivo (de práticas sociais),⁴⁶⁹ perde importância a concepção de que o bem jurídico simboliza a mera fisionomia de um bem existencial, um *objeto*, no contexto de uma imagem naturalística do mundo, ou mesmo, a configuração de um *valor*, reconhecido como positivo e essencial, dotado de dignidade penal, mercê da danosidade social que seu desprezo provoca. Ganha relevo, na verdade, o conceito de bem jurídico traduzido como expressão de uma relação dialética de realidade ou valor. Isso porque o direito penal - protetor de bens jurídicos - não tutela puros valores em si mesmos, senão realidades concretas, como exemplifica GOMES, citando MIR PUIG, “*nenhuma proteção jurídico-penal mereceria o ‘valor vida’ se não se encarnasse na vida de uma pessoa real; o Direito*

⁴⁶⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 139; GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 132.

⁴⁶⁹ KAHLO, Michael. *Sobre a relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. . In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 56.

*penal não protegerá o 'valor vida' enquanto tal valor, senão as vidas concretas dos cidadãos".*⁴⁷⁰

Soa mais adequado, portanto, vincular o bem jurídico à dimensão de *interesse*, no sentido de relação com o indivíduo, por implicar uma valoração dinâmica, material, histórica e interindividual, convertendo-se, portanto, no pressuposto para a assunção efetiva de sua função crítica.⁴⁷¹ Nesse sentido, o caminho para a definição de um interesse como bem jurídico dotado de dignidade penal passa necessariamente, segundo BECHARA, por dois momentos: (i) busca-se na realidade social seu fundamento dinâmico e (ii) procura-se nos princípios e valores constitucionais que inspiram o Estado Democrático de Direito os critérios político-criminais para determinar a necessidade de sua proteção por meio dessa via de controle social.⁴⁷²

Verifica-se, então, que ainda que constatada a significação social do bem existencial (material ou imaterial, individual ou supraindividual), isso não significa que automaticamente esse bem jurídico deva transformar-se em bem jurídico-penal. É necessário perseguir outros critérios, vez que os bens jurídicos não devem receber uma proteção absoluta e uniforme do Direito, senão seletiva e fragmentária. A Constituição, nesse contexto, assume um papel de filtro negativo, a impedir que, mercê do pluralismo latente em âmbito democrático, busque-se a tutela de interesses que não se encontram plasmados na lei fundamental, como instrumento de materialização de um mínimo de consenso social.⁴⁷³

Neste cenário, ao revés de se adotar exclusivamente uma função dogmática do bem jurídico, que com um caráter intuitivo extrai-se da norma penal o objeto de tutela passível de ofensa, deve-se sempre perquirir sobre a sua função político-criminal, que levando em conta as exigências ético-políticas (metajurídicas, derivadas do modelo de Estado Social e Democrático de Direito) e constitucionais, auxilia na definição dos bens merecedores de tutela e permite um questionamento sobre a legitimação do direito penal em proteger determinados bens.

No contexto deste estudo, impõe-se, todavia, uma análise pormenorizada do ambiente enquanto bem jurídico-penal, levando-se em conta este aspecto relacional,

⁴⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 133.

⁴⁷¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 139.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 141.

⁴⁷³ BECHARA, op. cit., p. 141.

objetivo e externo, delineado acima. É necessário estabelecer o conteúdo e os pressupostos do bem jurídico ambiental, a fim de avaliar em que medida esta visão dialética do bem jurídico pode contribuir para sua delimitação conceitual e, ainda, como tal conceito pode tornar-se um critério de legitimidade das incriminações no âmbito do direito penal do ambiente.

3.3 Bens jurídicos ambientais: conteúdo e pressupostos

A problemática que envolve os bens jurídicos supraindividuais na atualidade demonstra que os princípios fundadores do direito penal clássico estão em crise, pois o objeto do ilícito penal não se apresenta mais como um dado que transcende o direito singular do indivíduo privado. Enquanto a tese de FEUERBACH sobre a existência de direitos subjetivos, inerentes ao indivíduo, encontrou guarida em um particular contexto histórico, no qual a burguesia tinha o escopo de conferir valor absoluto a suas conquistas e a seus instrumentos de domínio, tal tese demonstra-se ser, ao menos, insuficiente, em face dos desafios impostos pela necessidade em se proteger os novos interesses da maioria da população.⁴⁷⁴

Os novos bens jurídicos, tidos por *pós-modernos*, assumem nas últimas décadas uma nova fisionomia, tornando-se mais vagos e de difícil individualização. Essa nova moldura, com contornos mais esparsos, passa a demandar um processo de sobredimensionamento da atividade penal, pois o que se vê é o empobrecimento dos pressupostos da punibilidade, que passam a depender exclusivamente da comprovação da conduta perigosa.⁴⁷⁵ Há uma adaptação dos princípios fundamentais do direito penal; uma confusão entre a categoria de bem jurídico-penal com a de *rationes* de tutela, as quais não constituem bens jurídicos, senão objetivos de organização política, social ou econômica e uma falta de suficiente clareza na determinação do caráter de lesão ou de perigo atribuível a uma infração.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 63-64.

⁴⁷⁵ SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 38.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 39 e ss; MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 13 e ss.

No contexto da sociedade de risco, vê-se, portanto, a dissolução ou a desmaterialização do conceito de bem jurídico, haja vista a introdução de novos interesses difusos no âmbito de proteção jurídico-penal, gerando consequências dogmáticas e político-criminais importantes, como a falta de clareza do bem jurídico tutelado em cada caso, importando na ausência de parâmetros para se verificar se o bem jurídico fora lesionado ou somente foi posto em perigo de lesão; a dificuldade em estabelecer a relação de causalidade entre a conduta e os seus possíveis efeitos; a constatação de uma linha de desdobramento entre a ofensa a um bem jurídico supraindividual e a um bem jurídico individual.⁴⁷⁷

O debate sobre a legitimidade do direito penal, especialmente no âmbito ambiental, assume uma importância ímpar, haja vista a dificuldade de se definir o ambiente como um bem jurídico legítimo e merecedor da tutela penal. Há, na verdade, duas importantes linhas doutrinárias atinentes à natureza e ao relacionamento entre os bens jurídicos supraindividuais e os individuais, sendo interessante averiguar em que medida cada uma delas contribui para preservar a função de padrão crítico exercida pelo bem jurídico na análise das incriminações ambientais, especificamente.

Em primeiro lugar, tem-se as teorias *dualistas*, que sustentam a autonomia entre os bens jurídicos *coletivos* e os bens jurídicos *individuais*. Quanto aos bens coletivos, deixa-se sentir em última instância um fim protetor do ser humano, outorgando a esses bens um valor próprio supraindividual, porquanto aparecem acima dos seres humanos *individuais*.⁴⁷⁸ O ambiente, então, enquanto bem jurídico supraindividual, possui valor próprio, independente de referentes pessoais, tornando-se impossível o desenvolvimento de uma teoria única e coerente sobre a função do bem jurídico.⁴⁷⁹

De outro lado, as teorias *monistas* rechaçam a autonomia entre bens jurídicos individuais e coletivos ao proporem uma origem comum a ambas as espécies de bem

⁴⁷⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 69-70.

⁴⁷⁸ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 108 e ss.

⁴⁷⁹ No tocante aos *bens individuais* e os *bens coletivos*, HORMAZÁBAL MALARÉE prefere diferenciá-los, respectivamente, em bens jurídicos *micro* e *macrossociais*, de maneira que os primeiros consistem em relações concretas de caráter microsocial cuja incolumidade é necessária para a própria existência do sistema social, como, por exemplo, vida, liberdade, patrimônio, enquanto que os segundos estão referidos a relações de caráter macrossocial que estão em uma relação teleológica com os bens jurídicos microsociais. Quando se protege o meio ambiente, por exemplo, tipificam-se condutas que podem significar um perigo à qualidade ambiental, estabelecendo, assim, uma barreira de proteção para os riscos que causem danos ambientais, *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. In: ÁLVAREZ PÉREZ, Fernando (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad Salamanca Ed., p. 1087 e ss.

jurídico, o que confere unidade ao conceito. Surgem, desse modo, duas subvertentes: aquelas que concebem os bens jurídicos a partir do Estado ou da coletividade (*doutrina monista-estatal*) e a que concebe a partir da pessoa (*doutrina monista-pessoal*).⁴⁸⁰

Enquanto a doutrina *monista-estatal* pressupõe que todos os bens jurídicos emanam do Estado, da sociedade ou da coletividade, de maneira que os bens individuais surgem em decorrência dos próprios bens coletivos, a doutrina *monista-pessoal* defende que o bem jurídico tem sua raiz na pessoa humana, podendo-se afirmar, consoante esta concepção, que os bens coletivos são decorrentes da característica da sociabilidade do ser humano, com fundamento nas necessidades pessoais. Esse último entendimento aproxima-se da crítica proposta pelos autores de Frankfurt, como se verá adiante, ao defender a necessidade da funcionalização do bem jurídico a partir do desenvolvimento da pessoa humana.⁴⁸¹

Na contramão dos autores de Frankfurt e de outros que defendem a teoria *monista pessoal*, como MIR PUIG,⁴⁸² HORMAZÁBAL MALARÉE,⁴⁸³ TAVARES,⁴⁸⁴ FIGUEIREDO DIAS além de rechaçar o posicionamento *ecocêntrico* radical, consistente na tese de que a natureza, em si mesma, tem os seus próprios direitos, bem como o posicionamento

⁴⁸⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁴⁸¹ Defendendo essa posição, COSTA argumenta que “a doutrina *monista-pessoal*, além de ser compatível com o modelo estatal adotado constitucionalmente, é mais adequada aos tempos atuais, uma vez que consegue abranger a particularidade da pessoa, sem negar seu aspecto social, pois é característico do ser humano o viver em sociedade [...] a doutrina *monista-pessoal* submete os bens jurídicos coletivos a constante crivo crítico, pois questiona se eles decorrem efetivamente de uma necessidade da pessoa humana ou se são meras funções estatais, que não podem figurar como bens jurídico-penais, a não ser que tenham passado pelo processo de materialização...”, *ibid.*, p. 21-22.

⁴⁸² MIR PUIG afirma que em um Estado Social democrático os interesses coletivos são condicionados a vida dos indivíduos. Considerando que o sistema social se põe a serviço do indivíduo e não o contrário, na perspectiva de um Estado Social a extensão social de um interesse coletivo não pode prescindir de exigir como mínimo uma determinada gravidade na repercussão do interesse dito coletivo em cada indivíduo, MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994, p. 164-165.

⁴⁸³ O autor espanhol defende a teoria *monista-pessoal* ao afirmar que “os bens jurídicos macrosociais de caráter coletivo, para que não se transformem em um mera proteção de interesses coletivos, exigem em seu núcleo a proteção de um bem jurídico individual, estando o bem jurídico coletivo a serviço do bem jurídico individual, HORMAZÁBAL MALARÉE, Herman. *El principio de lesividad y el delito ecológico*. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales en memória del profesor José Manuel Valle Muñiz. Aranzadi, 2001, p. 1419.

⁴⁸⁴ Ao enfrentar a distinção entre bem jurídico e função, o autor destaca que se tomarmos a ordem jurídico-penal sob o pressuposto de garantia, a incriminação de uma conduta só deve ter por objeto jurídico o que possa decorrer de um ente real estável, a pessoa humana, e não de uma função, esta caracterizada por uma universalidade, sendo essencialmente informativa. Desse modo, no que se refere ao ambiente como bem jurídico-penal, o solo, a água, o ar e seus demais elementos naturais devem ser entendidos como “*bem essencial da pessoa humana e sua relação com outras pessoas e com a natureza, e não como bem por si mesmo, protegido e sufragado como interesse exclusivo do Estado e de seu poder de controle*”, TAVARES, Juarez. *Teoría do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 209 e ss.

antropocêntrico – ligado à teoria *monista-pessoal* e fundamentado na concepção crítica de que o bem jurídico somente deve referir-se a interesses reais, tangíveis e, por consequência, atuais do indivíduo – defende a existência de autênticos *bens jurídicos coletivos*, sem a necessária vinculação a pessoa humana.⁴⁸⁵

O autor português acompanha a doutrina alemã defendida por KUHLEN, ao sustentar que a verdadeira característica do bem jurídico coletivo ou universal reside na possibilidade dele ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva poder ficar excluído desse gozo. Há uma relação difusa com os usurários, não significando necessariamente o caráter difuso do bem jurídico universal, mas a sua funcionalização, em detrimento de um “*monolito jurídico corporizado*”, a partir de uma concepção liberal, hoje realçada pelos autores de Frankfurt. No ponto, FIGUEIREDO DIAS afirma a necessidade de uma teleologia funcional como perspectiva inarredável do sistema penal contemporâneo.⁴⁸⁶

Nesse sentido, vê-se que o nervo da polêmica está em estabelecer parâmetros críticos para análise da intervenção penal na proteção do ambiente, a partir de variadas propostas metodológicas tendentes, em suma, a defender, ora uma mínima atuação penal, ora a necessidade de uma proteção especificamente penal do ambiente, concebido como bem jurídico autônomo, estando fundamentadas por distintos postulados político-criminais e modelos de intervenção distantes entre si.⁴⁸⁷ Tais postulados levam, inclusive, em determinados casos, a confusão entre a noção de bem jurídico e a ideia de função. Essa confusão conceitual e as atuais posições metodológicas sobre esta temática serão mais bem analisadas nos tópicos subsequentes.

⁴⁸⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português*. In: A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, p. 190 e ss.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 192. Interessante ressalva é feita por COSTA quando destaca a incompatibilidade da linha ecocêntrica radical com o próprio Direito, motivo pelo qual leva a tomar como partidários da corrente ecocêntrica os autores que simplesmente consideram os elementos da natureza, por seu valor ínsito, como bens jurídicos, como é o caso de FIGUEIREDO DIAS, COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

⁴⁸⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El papel del derecho penal en la protección del medio ambiente*. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. II. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2009, p. 680.

3.3.1 O bem jurídico protegido pelo direito penal do ambiente

Antes de uma análise específica do ambiente enquanto bem jurídico-penal e das atuais concepções sobre o seu conteúdo e funções no âmbito do direito penal supraindividual, há um imperativo metodológico elementar, isto é, convém indagar a respeito do que, propriamente, está a se proteger. É necessário, portanto, desnudar o seu conteúdo, pois, como se verá, ele não pode ser confundido, conforme lembra SOUSA MENDES, em “*pedaços desgarrados da natureza*”, erigindo todas as criaturas em “*repositórios autônomos de valores transcendentais*”.⁴⁸⁸

A ideia de bem jurídico *ambiente* vem a ser uma questão complexa e de difícil determinação.⁴⁸⁹ Tendo um caráter poliédrico e multidimensional, o termo *ambiente* assume na linguagem jurídica acepções diversas, eivadas de contornos peculiares e fluidos, de modo que a dificuldade de circunscrevê-lo com clareza tem levado a afirmar que a noção de ambiente é mais fácil de intuir do que de definir, pois embora seja clara em sua essência é perfeitamente imprecisa em seus contornos, isto é, polifacética e inter-relacional, absolutamente vaga e mutável, de caráter tipicamente polissêmico.⁴⁹⁰ É necessário, portanto, transportar do Direito Ambiental parte dessa polêmica, a fim de que seja possível optar por uma concepção que esteja apta a oferecer elementos para um enfrentamento crítico do tema no quadro jurídico-penal.

⁴⁸⁸ Apud LOBATO, José Danilo Tavares. *O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal*. Revista *Liberdades*, n. 5, set. -dez, IBCCRIM, 2010, p. 58.

⁴⁸⁹ Para alguns autores, a expressão “*ambiente*” é mais adequada, ao invés de “*meio ambiente*”, para descrever o objeto de análise, não obstante a Constituição Federal de 1988 ter optado de forma expressa pela última expressão. A razão está no fato da expressão “*meio*” sugerir algo que está ao redor ou em torno do ser humano, quando, em verdade, o ambiente constitui a própria essência e caracteriza elemento intrínseco da existência humana. O ambiente não se limita a ser o meio ou entorno onde o homem desenvolve a sua existência, mas constitui a sua própria natureza. A expressão “*ambiente*”, sob esta ótica, encerra de forma mais adequada a abordagem integrada e sistemática que se pretende traçar entre ser humano e natureza, considerando uma compreensão biocêntrica e holística do fenômeno socioambiental, FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 162. Sobre as críticas em relação ao termo “*meio ambiente*”, cf. MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de derecho ambiental*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi Ed., 2003, p. 21; SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. Breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-1008. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 12.

⁴⁹⁰ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 104.

3.3.1.1 Ambiente: características e conceitos

A conceituação do que seja essencialmente o ambiente é sempre um desafio para os estudiosos do tema. A doutrina diverge a respeito, ora adotando conceitos mais restritivos, ora mais abrangentes, chegando a concebê-lo como uma entidade abstrata e axiológica. Tal dificuldade está exatamente em compreender o exato conteúdo dos bens ambientais suscetíveis de proteção. Se os direitos sobre esses bens designam valores em constante mutação; e se esses direitos possuem um caráter de interdependência, referidos ao indivíduo e ao próprio ecossistema, é fundamental analisar os matizes do conceito, de modo a destacar, de proêmio, o seu perfil de independência e a interação homem-natureza na sociedade contemporânea.

Na realidade, o tema “ambiente” não serve para designar um objeto específico, mas uma *relação de interdependência*. Tal relação é verificada de maneira incontestável pela relação homem-natureza, visto que não há como separar o homem da natureza, pelo simples fato da impossibilidade de existência material, ou seja, o homem depende da natureza para sobreviver. Nesse sentido, qualquer dano ao ambiente produzirá efeitos à coletividade humana, sendo, portanto, a partir de uma visão holística, um *bem difuso interdependente*.⁴⁹¹

Todavia, a noção genérica de “ambiente” pode ser, em verdade, construída a partir de diversas perspectivas teóricas, conforme a opção científica escolhida, em virtude do caráter interdisciplinar ou transdisciplinar do ambiente, haja vista ser um tema em constante estado de transformação. Não obstante essa noção esteja diretamente ligada a uma visão de cunho antropocêntrico, tal visão pode estar aliada a outros elementos e um pouco menos centrada no homem, admitindo-se uma reflexão de seus valores - como a bioética - tendo-se como parâmetro a proteção ambiental globalizada.⁴⁹²

Segundo MORATO LEITE e AYALA, a tendência atual é que seja evoluído um panorama muito menos antropocêntrico, em que a proteção da natureza, pelos valores que representa em si mesma, mereça um substancial incremento, isto é, a natureza necessita de

⁴⁹¹ MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 50. Sobre a interdependência enquanto paradigma ecológico, cf. FARBER, Daniel A.; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann E. *Cases and materials on environmental law*. Eighth Edition. St. Paul: Thomson Reuters, 2010, p. 5 e ss.

⁴⁹² MORATO LEITE; AYALA, op. cit., p. 52.

proteção *de per si* e por seu próprio fundamento. Segundo os autores, a defesa do ambiente está relacionada a um *interesse intergeracional* e com necessidade de um *desenvolvimento sustentável*, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, de modo que a proteção antropocêntrica do passado passa a perder fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual. Este novo paradigma da proteção ambiental, com vistas às gerações futuras, pressiona um condicionamento humano, político e coletivo mais consciencioso em relação às necessidades ambientais.⁴⁹³

Nesse sentido, visualiza-se o ambiente como um *macrobem*, que além de incorpóreo e imaterial, se configura como bem de uso comum do povo.⁴⁹⁴ Se os interesses ambientais são essencialmente interesses vinculados à coletividade e à sociedade, encontrando, portanto, seu *locus* de formação embrionária em instância absolutamente desvinculada do espaço estatal e das relações marcadas pelo conflito entre autoridade e liberdade, são, por assim dizer, interesses eminentemente sociais, que não são subjetivamente públicos, e sim, de todos, justificando a difusividade de sua natureza.⁴⁹⁵

Nesse contexto, SILVA classifica o ambiente como a “*a interação do conjunto de elementos materiais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”.⁴⁹⁶ Para a formulação deste conceito, o autor parte de quatro aspectos: (i) o *ambiente artificial*: constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado em edificação e em equipamentos públicos; (ii) *ambiente cultural*: patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico que, embora artificial, como obra do homem, difere do anterior (que é também cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou; (iii) *ambiente natural ou físico*: constituído pelo solo, água, ar, flora, parte de uma interação recíproca dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam; (iv) *ambiente do trabalho*: um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam. Esses quatro aspectos passam a estar integrados numa visão unitária a serviço da qualidade da vida humana.⁴⁹⁷

⁴⁹³ MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 55.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁴⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 21 e ss. No mesmo sentido, CARRAMENHA, Roberto. *Direito da Natureza. Considerações sobre o direito ambiental brasileiro e a lei dos crimes ambientais*. Campos do Jordão: Mantiqueira Ed.,

A partir dessa conceituação, ressalta-se o aspecto relacional entre os bens ambientais, concebidos como *macrobens*, que formam o conjunto das condições de existência humana, integrando a influência e o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento. Nesse sentido, o ambiente assume dentro da sociedade moderna a característica de *recurso-elemento* e *recurso-local*. Não somente a natureza “bruta” em sua forma primitiva é ambiente, senão todo o momento de transformação do recurso natural, ou seja, todo movimento deste objeto que circunda o homem, que sobre ele age com seu poder, querer e saber. Sendo assim, ambiente é um conceito que deriva do homem e a ele está ligado, porém o homem não o integra. Contudo, o fato do homem não constituir o conceito de ambiente não significa que este conceito seja menos antropocêntrico, ao revés, ele mostra extremamente o poder de subordinação e dominação do “*mundo exterior*”, objeto de ação do “*eu ativo*”. Isso significa que o tratamento legal destinado ao ambiente permanece necessariamente numa visão antropocêntrica, porque essa visão está no cerne do conceito de ambiente.⁴⁹⁸

Não obstante esse necessário referente antropológico, o conceito de ambiente não perde o seu caráter de interdependência e transdisciplinar. O seu conceito em sentido genérico deve ser sim embasado em uma visão antropocêntrica, mas, como já realçado neste estudo, em um enfoque mais amplo, isto é, na perspectiva de um *antropocentrismo alargado*, o qual admite a inclusão de outros elementos e valores, devendo, neste caso, o ambiente ser protegido com vista ao aproveitamento do homem, mas também com o intuito de preservar o sistema ecológico em si mesmo.⁴⁹⁹ Esta concepção faz parte integrante do sistema jurídico brasileiro, de acordo com o texto do art. 225, *caput*, da Constituição Federal e do art. 3º, inciso I, da Lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente):

Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁵⁰⁰

1999, p. 15 e ss; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20 e ss; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. Breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-1008. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

⁴⁹⁸ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 52-53.

⁴⁹⁹ MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000, p. 95-96.

⁵⁰⁰ Segundo BESSA ANTUNES, tal conceito é o mais feliz, exatamente por conjugar conceitos técnicos com conceitos sociais, BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito ambiental*. 12ª ed. 3ª Tiragem. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 271.

Art. 3º: Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Na perspectiva de um *antropocentrismo alargado*, GOMES defende que a dignidade da pessoa humana está atualmente valorizada pela realidade ambiental, que criou um terceiro polo na relação indivíduo-comunidade. O homem é um ser cultural e natural, com obrigações perante os seus semelhantes que incluem o respeito pela integridade dos bens naturais.⁵⁰¹ O conteúdo conceitual e normativo do princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do ambiente, isto porque, o conceito atual de vida, por exemplo, se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica, ao passo que os elementos “digna” e “saúdável” lhe impõem um conceito mais amplo, contemplando uma dimensão existencial plena para o desenvolvimento da personalidade humana, para o que a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear.⁵⁰²

O conceito de ambiente em seu sentido jurídico, segundo MORATO LEITE, assume, como já exposto, a característica de um *macrobem*, unitário e integrado, incorpóreo e imaterial (sistêmico), mas também assume a característica de *microbem*, ao se identificar com os elementos (florestas, rios, animais, propriedade de valor paisagístico, etc.) que compõem o ambiente, podendo ter, inclusive, um regime de propriedade variado (pública ou privada).⁵⁰³ Além do mais, o ambiente é um bem de uso comum do povo. Trata-se de um bem jurídico autônomo de interesse público, sendo um direito fundamental do homem, considerado de quarta geração, necessitando, portanto, para a sua consecução, da participação e responsabilidade partilhada do Estado e da coletividade. É, de fato, um

⁵⁰¹ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 126.

⁵⁰² FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61 e ss.

⁵⁰³ MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000, p. 95-96; FENSTERSEIFER, op. cit., p. 165. COSTA JÚNIOR também concebe o ambiente em seu caráter sistêmico, em uma unidade, entendido como sistema ecológico, que deverá ser protegido, defluindo-se um quadro axiológico dinâmico destinado a passar por variações progressivas, quer quantitativas, quer qualitativas, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 61.

direito fundamental intergeracional, intercomunitário, o que enseja a adoção de uma política de solidariedade.⁵⁰⁴

Essa conotação sistêmica dos bens ambientais, sob o ponto de vista social, ganhou relevo, sobretudo com os estudos da ecologia. Ao invés de uma leitura restrita às ciências naturais, a qual equipara o conceito de ambiente ao de ecossistema, como sendo um conjunto de seres vivos, fatores e substâncias orgânicas e inorgânicas, vinculadas a um conjunto de relações de dependência ou de competência, que se mantém como um todo que busca a estabilidade, com os estudos da ecologia, novas conotações sociais passam a possibilitar que o ambiente seja promovido a categoria de bem jurídico, essencial à vida, à saúde e à felicidade do homem, tornando-se objeto próprio dos estudos ecológicos.⁵⁰⁵ Nessa concepção, o ambiente traduz um conjunto dos agentes físicos, químicos, biológicos e fatores sociais, suscetíveis de provocar um efeito direto ou indireto, imediato ou mediato, sobre os seres vivos e as atividades humanas.⁵⁰⁶

Essa passagem de uma mera leitura naturalista para um enfoque sociológico sobre o conceito do bem jurídico ambiente, integrando, portanto, uma ciência holística, provoca uma multiplicidade de facetas interpretativas e de interesses em jogo, o que permite atribuir a sua gestão não apenas a uma só entidade, ao contrário, a toda coletividade, estando mais além do reconhecimento de muitas outras situações jurídicas subjetivas decorrentes dos elementos individuais que integram essa coletividade.⁵⁰⁷ Este enfoque sociológico sobre o conceito do bem jurídico ambiente será mais bem explorado no

⁵⁰⁴ MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000, p. 95-96. Na doutrina dos direitos fundamentais, a proteção ao ambiente é englobada como direito da fraternidade, no âmbito dos direitos fundamentais de terceira geração, a partir do desenvolvimento teórico de KAREL VASAK. Além do ambiente, a teoria de VASAK já identificou quatro outros direitos fundamentais neste âmbito como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito a propriedade sobre o patrimônio comum da comunidade e o direito de comunicação. Este não é um rol taxativo, estando em fase de gestação, podendo este círculo alargar-se à medida que o processo universalista se desenvolve. Os direitos fundamentais de quarta geração apenas culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes, não devendo ser mais interpretados, mas concretizados, BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 569 e ss; LUJÁN CASTRO, María. *El ambiente como derecho humano*. Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, n. 28, outubro-diciembre, 2011, p. 104. Nessa perspectiva, o STF, através do voto do Min. Celso de Mello (relator), conceituou o direito ao ambiente “como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações”. MS 22.164-0-SP, j. 30.10.1995, DJU 17.11.1995. Cf. LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 18ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131.

⁵⁰⁵ MILARÉ, Édís; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ambiental. Comentários a Lei nº 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002, p. 2.

⁵⁰⁶ PASTORINO, Leonardo Fábio. *El daño al ambiente*. Buenos Aires: Lexisnexus, 2005, p. 28-29.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 53-54.

capítulo seguinte, ao utilizá-lo como uma ferramenta essencial em um debate crítico sobre o direito penal ambiental.

3.3.1.2 Bens jurídicos ambientais e funções

Os interesses supraindividuais possuem características comuns, tais como: i) Não são operativos ou projetáveis sobre os mesmos as técnicas de tutela tradicionais; ii) Sua efetiva e racional proteção penal precisa de um complexo emaranhado institucional de organização e controle; iii) Os focos ou fontes de perigo para os mesmos emergem de setores da atividade socialmente necessária e, em qualquer caso, não é possível estabelecer um juízo hipotético tendente a sua supressão; iv) A vulneração desses interesses é apresentada como uma disfuncionalidade do sistema. De modo algum, sua tutela passa por um programa institucional orientado a desaparecimento ou erradicação da atividade setorial que gera as fontes de perigo.⁵⁰⁸

Esses interesses se caracterizam ainda pela impossibilidade de articular sua tutela através das técnicas clássicas do direito penal. Nesse âmbito, não é possível uma configuração autônoma dos tipos penais; não é possível radicar o núcleo do desvalor do resultado no dano produzido, pois, nessas ocasiões, nem sequer a colocação do bem jurídico em perigo concreto é verificada; não se pode prescindir de ulteriores mediações e integrações normativas de tipos extrapenais. A tipificação das fontes ou situações de perigo para os interesses difusos tem como pressuposto a disciplina do setor da atividade fora do direito penal.⁵⁰⁹

Um dos pontos fundamentais da problemática relativa à tutela penal dos interesses supraindividuais está exatamente na fixação de parâmetros e requisitos para a determinação da proteção desses interesses não pelo direito penal, mas por outros ramos do ordenamento jurídico. Isso porque no âmbito dos interesses supraindividuais, o direito penal, não raras vezes, acaba por tutelar aspectos formais de um setor da atividade ou meras funções administrativas ou de controle, pois, em dadas circunstâncias, não se protege interesses concretos referidos diretamente a pessoas humanas, senão instituições,

⁵⁰⁸ MORALES PRATS, Fermín. *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*. Interesses difusos y derecho penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 76.

⁵⁰⁹ Ibid., p. 77.

modelos de organização ou unidades funcionais de valor. Em tais contextos, não se vislumbra uma ofensa a bens jurídicos, o que coloca em dúvida o caráter de *ultima ratio* do direito penal.⁵¹⁰

Ao estabelecer a distinção entre função e bem jurídico, no contexto de um direito penal democrático, TAVARES assevera que a função não existe por si mesma, mas depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando unicamente cálculos de predicados, de quantidades, que não podem ser confundidos com valores. Os bens jurídicos, ao revés, são tomados como valor por si mesmo, como um valor da pessoa humana, de caráter universal, material ou ideal, que independe, para sua existência e essência, de qualquer relação funcional.⁵¹¹

A confusão existente entre os conceitos de função e bem jurídico é patente na seara supraindividual, como se verifica, por exemplo, na distinção entre as funções de controle da arrecadação e o próprio patrimônio público; entre as funções de controle ambiental e o próprio ambiente; entre a função de controle e estabilidade da economia com a ordem pública econômica, tomada como ente coletivo e abstrato.⁵¹²

Nesse sentido, TAVARES estabelece uma percepção de bem jurídico que sirva como instrumento de delimitação de poder em um Estado Democrático, passando por duas fases sequenciais, quais sejam, a correspondência ao processo de redução individual e a disposição dos princípios normativos de sua delimitação.⁵¹³ Reduz-se o bem jurídico àquilo que possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana (esfera do *ser*) e considera, ainda, o seu enfoque normativo, a partir de uma construção valorativa, pois se submete as conclusões dessa construção a uma contraprova, isto é, a um juízo de refutabilidade, de

⁵¹⁰ MORALES PRATS, Fermín. *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*. Interesses difusos y derecho penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 81; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, p. 73; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 233.

⁵¹¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 212 e ss.

⁵¹² *Ibid.*, p. 215-216.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 216. Nesse aspecto, o conceito limitativo do bem jurídico serve para exigir como pressuposto do poder punitivo a afetação de um bem juridicamente tutelado pelo direito. Uma vez pretendida uma tutela jurídico-penal subsidiária, limitada com a cláusula de *ultima ratio*, não se pode negar que importa uma natureza fundante, também complementária, pois leva à distinção entre bens jurídicos juridicamente tutelados e bens jurídicos penalmente tutelados, de modo que a extensão da segunda dependerá na medida em que a função de *ultima ratio* seja acolhida pela decisão política criminalizante, sempre determinada pelas conjecturas de poder, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 487.

modo que os valores envolvidos apresentem substancialidade, de forma a fundamentar um procedimento de demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.⁵¹⁴

Sendo assim, a distinção entre bem jurídico e função passa a ser fundamental na tarefa de delimitar os bens penalmente tuteláveis no contexto de um Estado Democrático de Direito, permitindo, a partir dessa diferenciação, que as meras funções de administração e controle sejam tuteladas por outros ramos do direito.

Diante da existência de variados tipos penais que tutelam meras funções de administração, as quais denotam a ampla e arbitrária intervenção penal estatal em casos de simples desobediência, é possível antever a importância da teoria do bem jurídico como critério crítico na análise do extenso processo de transformação progressiva da tutela de bens à tutela de funções que marca a dinâmica da produção legislativa no contexto da sociedade de risco.

Diversos são os posicionamentos acerca da capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico em servir como referencial crítico na análise da legitimidade das incriminações supraindividuais, ponto este central na discussão sobre a expansão do direito penal na contemporaneidade. O bem jurídico protegido no direito penal ambiental proporciona certamente um caso paradigmático na análise, permitindo que, nos tópicos seguintes, se analise esses posicionamentos a partir dos déficits de legitimidade encontrados no âmbito ambiental.

3.4 O bem jurídico como limite ao direito penal ambiental

HASSEMER, um dos principais expoentes de Frankfurt, ainda na década de 70, reordena e revisa a teoria do bem jurídico existente até então, utilizando-a para fundamentar as normas punitivas nos fatores sociais criminalizadores, traçando uma inovadora metodologia que diferencia duas espécies de sistemas conceituais para examinar o bem jurídico. Primeiramente, tem-se o *sistema crítico* ou *transcendente* (transcendente-sistêmica), tendo como problema central a *ratio essendi* do bem jurídico, a partir da tentativa de definir parâmetros externos à decisão legislativa, fazendo do bem jurídico uma medida crítica de limitação do direito penal. E o *sistema imanente* (imanente-sistêmica),

⁵¹⁴ TAVARES, Juares. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003, p. 220-221.

ligado à ordem sistemática e à interpretação dos tipos penais, permitindo traçar parâmetros interpretativos a partir de dados preexistentes, já consolidados pelo legislador no tipo penal como o objeto de tutela.⁵¹⁵

A opção metodológica em analisar a funcionalidade do direito penal em um viés transcendente-sistêmico possibilita uma análise político-criminal (crítica) anterior às reflexões dogmáticas, pois permite avaliar as decisões tomadas pelo legislador considerando as expectativas sociais vigentes e os interesses que podem ser legitimamente dignos de tutela penal.⁵¹⁶ Desse modo, a teoria do bem jurídico pode tornar-se efetivamente um instrumento crítico na função de limitar o poder punitivo do Estado, cumprindo sua função político-criminal para, posteriormente, cumprir sua função dogmática, ou imanente-sistêmica, na medida em que se relaciona à interpretação das normas penais e à sua construção sistemática.⁵¹⁷

Para o cumprimento de uma função transcendente, é necessário, entretanto, um referencial externo, que oriente uma correta reconstrução do objeto da tutela penal a partir de um rastreamento na realidade social de todos os fenômenos que são lesionáveis por comportamentos humanos. Considerando que a vida social é um organismo vital, que se reproduz segundo determinadas leis funcionais, os bens jurídicos tampouco são objetos estáticos que permanecem em repouso, senão verdadeiras unidades funcionais sociais sem as quais nossa sociedade em sua estruturação concreta não é capaz de existir.⁵¹⁸

⁵¹⁵ HASSEMER expõe essa metodologia em obra paradigmática, no original, em alemão, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre*. Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1980. Ver referências a essa teoria em SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: RT, 2004, p. 74 e ss; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2 e ss; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 60 e ss.

⁵¹⁶ Sobre a discricionariedade legislativa em direito penal, tem-se que as decisões do legislador devem pautar-se pelos princípios da lesividade social, proporcionalidade, subsidiariedade e tolerância, considerando a ampla e complexa margem de manobra do legislador, o que faz da teoria do bem jurídico uma ferramenta de proibição de criminalização e não, ao contrário, um guia positivo de criminalização, devendo toda conduta ser penalizada apenas se houver ofensa a um bem jurídico específico, HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Roland Hefendehl (Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 100-101.

⁵¹⁷ BARATTA aponta como consequência do uso intrassistemático do conceito de bem jurídico a duplicação da antijuridicidade, em *antijuridicidade formal* (violação da norma social ou jurídica correspondente ao tipo delitivo) e em *antijuridicidade material* (lesão ou a ameaça do interesse protegido pela norma), *Funções...*, p. 5.

⁵¹⁸ RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Revista Nuevo Pensamiento Penal, ano 4, n. 5 a 8, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 341 e ss.

Nesse sentido, os bens jurídicos podem ser descritos como funções importantes para a vida social no âmbito da Constituição, isto é, são unidades funcionais valiosas para nossa sociedade regida constitucionalmente, de modo que a tarefa do direito penal consiste em proteger as funções sociais e os mecanismos eficazes requeridos para a manutenção da sociedade em face dos danos e perturbações que podem ameaçá-los, permitindo que a vida social esteja sempre baseada na liberdade e responsabilidade dos cidadãos, individualmente considerados.⁵¹⁹ Privilegiam-se, então, as exigências de conotação solidária de uma sociedade em constante evolução, permitindo que o bem jurídico possa sempre ser considerado em sua relação com o seu titular, ou seja, sempre em função do desenvolvimento da personalidade na sociedade civil.⁵²⁰

Nesse aspecto, KARGL acentua que a missão entendida como proteção de bens jurídicos que se consideram fundamentais não deve levar em conta qualquer interesse moral, pois o direito penal está conformado pela elaboração de bens jurídicos a partir do conjunto de interesses referidos a pessoas, sendo necessário integrar ambas as perspectivas: o referente pessoal dos bens jurídicos e o referente social da pena, pois nenhum desses elementos está em condições de limitar o direito penal se tratados isoladamente.⁵²¹ Assim, conjugando essas duas perspectivas, é possível afirmar, com KAUFMANN, que a pessoa é uma *individualidade social*, não sendo um indivíduo isolado nem uma mera parte de um todo, consoante à concepção de MARX.⁵²²

Apenas os elementos referenciais ao desenvolvimento da pessoa humana em determinado contexto social podem configurar-se bem jurídicos, devendo a previsão constitucional estar sempre em sintonia com a realidade valorativa social.⁵²³ Tal vinculação constitucional permite uma efetiva proteção de bem jurídicos e a garantia das condições para o livre desenvolvimento da pessoa, uma vez que uma concepção pessoal do bem jurídico torna-se um *tópos* argumentativo destinado à construção do direito penal

⁵¹⁹ RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Revista Nuevo Pensamiento Penal, ano 4, n. 5 a 8, Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 344 e ss.

⁵²⁰ MOCCIA, Sergio. *EL derecho penal entre ser y valor*. Función de la pena y sistemática teleológica. Traducción de Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F Ed., 2008, p. 183.

⁵²¹ KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho*. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. In: La insostenible situación del derecho penal (editado pelo Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt – Área de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra). Granada: Editorial Comares, 2000, p. 55 e ss.

⁵²² Apud COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

⁵²³ Ibid., p. 5 e ss.

orientando conforme os valores fundamentais presentes no ordenamento jurídico, possuindo uma clara função limitadora.⁵²⁴

Nesse enfoque, caso haja, formalmente, na Constituição, um valor que não seja mais necessário ao desenvolvimento da pessoa humana em uma dada realidade social, ele não mais poderá constituir um bem jurídico-penal, assim como havendo um valor fundamental ao desenvolvimento da pessoa que não esteja previsto constitucionalmente.⁵²⁵

Estes são os fundamentos teóricos da *teoria pessoal do bem jurídico* de HASSEMER, traduzida, resumidamente, no campo de tensão entre *indivíduo, sociedade e Estado*, envolvendo sempre a pergunta se a proteção penal pode realmente favorecer os interesses do homem e de que forma, configurando um norte para o legislador penal antes de criminalizar determinadas condutas.⁵²⁶ Assim, a noção de bem jurídico para o professor de Frankfurt deve sempre adequar a realidade:

Quando falamos de bem jurídico, falamos da relação correta entre direito e vida, de um ponto firme para os verdadeiros bens das pessoas hoje em dia; isso exige uma integração inteligente no sistema de bens jurídicos das condições de vida da moderna socialização, isto é, sobre todo os interesses universais.⁵²⁷

No âmbito dos interesses supraindividuais, HASSEMER defende que há plenas possibilidades da teoria pessoal do bem jurídico satisfazer uma função limitadora do direito penal, desde que haja a funcionalização dos bens supraindividuais a partir da pessoa: somente podem ser aceitos quando possam servir aos interesses do homem.⁵²⁸

As novas conformações do direito penal, especialmente no que se refere à necessidade de se proteger o ambiente, seja pela difusão desenfreada dos discursos sociais garantidores da ética e dos interesses ambientais, seja pela própria dinâmica política da sociedade de risco, encontram na teoria do bem jurídico um verdadeiro instrumental capaz de absorver novos elementos ou repelir aqueles que se tornaram desnecessários.

⁵²⁴ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 109 e ss.

⁵²⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

⁵²⁶ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires, Depalma Ed., 1989, passim.

⁵²⁷ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 104.

⁵²⁸ Idem, 1989, p. 282.

Entretanto, o catálogo de bens jurídico-penais somente pode abranger novos bens, ainda que coletivos, desde que tenham se tornados essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana e alcançado guarida constitucional, obedecendo a rígidos critérios de absorção.⁵²⁹

Segundo GRACIA MARTÍN, o pensamento de Frankfurt, materializado principalmente nos argumentos de HASSEMER, consubstancia um *discurso de resistência* com relação ao processo de modernização do direito penal, haja vista a ruptura com as garantias penais, de cunho liberal, do Estado de Direito, especialmente no que se refere aos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos, da subsidiariedade e da *ultima ratio*. Conforme esse discurso, os objetos protegidos pelos novos tipos penais, sobretudo econômicos e ambientais, careceriam da condição de bens jurídicos, porque não estariam constituídos por nenhuma realidade empírica perceptível e suscetível de ser referida a interesses concretos das pessoas, tornando-se meras funções, instituições, modelos ou objetivos de organização política, social ou econômica.⁵³⁰

BOTTINI, por sua vez, sobre a aplicação racional da sanção penal nos casos de crimes de perigo abstrato no âmbito supraindividual, adota a teoria do bem jurídico como padrão crítico e critério de legitimidade, utilizando, para tanto, um fundamento antropológico, ao sustentar a exigência de caracterização dos bens jurídicos supraindividuais como instrumentos intermediários de proteção de interesses individuais, de modo que a lesão destes últimos afastaria o castigo pela ameaça aos primeiros, quando esta estiver absorvida pelo resultado de dano. Sendo assim, havendo resultado lesivo, a afetação do bem jurídico protegido, em última instância, não haveria razão para fazer incidir a norma penal sobre a conduta perigosa, o que demonstra a relevância dos interesses individuais na construção dos bens coletivos.⁵³¹

O conceito de bem jurídico defendido por BOTTINI, referido necessariamente a um interesse, seja individual ou coletivo, mas que se refira, em última análise, à dignidade humana, permite a aceitação dos crimes de perigo abstrato a partir de uma revisão do princípio da lesividade, que não deve apenas compreender as situações de exposição efetiva de um bem a lesão ou a perigo, mas abrigar também a desestabilização de

⁵²⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

⁵³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. *La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)*, RDPC, 3ª Época, n. 3, 2010, p. 35.

⁵³¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 197 e ss.

expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo, permitindo definir a periculosidade como elemento nuclear da ação penalmente relevante.⁵³²

Se a atuação do direito penal, segundo BOTTINI, é legítima apenas diante da violação de bens que representam a dignidade humana, o princípio da proporcionalidade também assume especial importância na discussão sobre os crimes de perigo abstrato, que representam a manifestação antecipada do direito penal na busca de tutela eficiente de determinados bens. Quanto mais próxima à lesão, mais intensa será a pena, importando em um juízo de proporcionalidade não apenas na esfera legislativa, em que os tipos de perigo abstrato devem ser seguidos pela previsão de sanção mais branda do que aquelas previstas para o perigo concreto ou lesão ao bem jurídico, mas também, no plano fático, no momento da aplicação concreta da sanção penal, em que a periculosidade da conduta e seu potencial ofensivo para os bens jurídicos protegidos pela norma penal serão o norte da mediação da resposta estatal.⁵³³

Assim sendo, a partir de uma análise funcional dos crimes de perigo abstrato, tais delitos apenas serão legítimos se cumprirem com a missão de assegurar bens relevantes para o exercício da autodeterminação humana, de modo que esses delitos devem, em primeiro lugar, descrever condutas que afetem, ao menos potencialmente bens jurídicos individuais ou coletivos, lastreados nos valores necessários ao livre desenvolvimento humano, respeitando-se os critérios de lesividade, fragmentariedade, subsidiariedade e proporcionalidade.⁵³⁴

Em linhas gerais, o pensamento de Frankfurt utiliza o argumento antropológico como uma tentativa de racionalizar o direito penal supraindividual, legitimando qualquer estrutura dogmática que direta ou indiretamente cause resultados ofensivos à dignidade da pessoa humana. Qualquer alternativa fora destes moldes provocaria uma reação jurídico-penal errônea ou equivocada, muito mais de cunho *simbólico* do que racional, conduzindo

⁵³² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 207-208.

⁵³³ Ibid., p. 213 e ss. No plano judicial, inobstante a ausência de posituação do princípio da proporcionalidade, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido o princípio como diretriz implícita decorrente do próprio modelo Democrático de Direito, como se verifica, por exemplo, nos autos da ADIn 955, nos quais o STF debateu a constitucionalidade da Lei 8.713/1993, que trata da participação do partidos políticos nas eleições, como também, nas discussões da ADIn 3.112-1, em que o Ministro Gilmar Mendes, ao debater a incidência do princípio da proporcionalidade no julgamento, declarou inconstitucionais aspectos da Lei do Desarmamento (Lei 10.826/2003), BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial*, RBCCRIM, ano 18, n. 85, jul.-ago, 2010, p. 288 e ss.

⁵³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato...*, cit., p. 215-216.

o direito penal ao plano de uma total ineficácia em face dos novos interesses supraindividuais. Este direito penal simbólico, alvo de severas críticas dos autores de Frankfurt, merece ser mais bem delineado e compreendido, principalmente na seara de proteção ambiental.

3.4.1 Proteção penal simbólica ao ambiente

HASSEMER defende a necessidade de se precisar os elementos do direito penal simbólico através de uma qualidade crítica, para que o fenômeno seja visto como negativo e perigoso, clarificando uma oposição entre aparência e realidade e apontando o componente de engano e a falsa aparência de efetividade e instrumentalidade. Em um viés crítico, o termo *simbólico* caracteriza um direito penal no qual as funções *latentes* predominam sobre as *manifestas*, ou seja, outros objetivos são realizados do que aqueles expressamente descritos nas normas penais. São múltiplas as funções latentes, desde a satisfação de uma necessidade de atuar frente a um apaziguamento da população até a demonstração de um Estado forte.⁵³⁵

A preponderância das funções latentes sobre as manifestas, as quais consubstanciam um direito penal simbólico, faz reascender a importância de uma análise crítica sobre o papel de proteção de bens jurídicos desempenhado pelas normas penais, que perde conteúdo enquanto permanece como mera função manifesta.⁵³⁶ Uma legislação simbólica, como a ambiental, é identificável, segundo HASSEMER, através de duas características: “*por um lado, não serve para proteção efetiva de bens jurídicos; por outro lado, obedece a propósitos de pura jactância da classe política*”.⁵³⁷

⁵³⁵ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In: Pena y Estado. Función simbólica de la pena, n. 1, Septiembre-Diciembre, 1991, p. 29-30.

⁵³⁶ As “funções manifestas” são simplesmente as realizações normativas objetivamente entendidas, as quais a própria norma mira com suas formulações: uma regulação mais completa e futura dos casos individuais indicados da norma e a proteção do bem jurídico abrangido por ela. As “funções latentes” são outras, inumeráveis, e vão da satisfação de uma atual permissão de conduta para a tranquilização da população até a demonstração de um Estado forte, COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 250.

⁵³⁷ HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*, RBCCRIM, ano 6, n. 22, abril-junho, 1998, p. 33. HASSEMER aponta outras características de leis penais exclusivamente simbólicas, tais como: (i) a declaração legislativa de valor (exemplo: aborto entre a pretensão moral da mulher para a determinação sobre sua descendência de um lado e corroboração do homicídio de outro); (ii) reações

Há indicadores de um simbolismo penal presente na Lei brasileira de crimes ambientais (Lei 9.605/98), inobstante a ausência de dados empíricos concretos que comprovem, de forma setorizada, as alterações no âmbito da flora, fauna, poluição, ordenamento urbano e patrimônio cultural, antes e depois da edição da lei. COSTA aponta uma fundada suspeita de baixa efetividade do direito penal ambiental brasileiro, considerando as circunstâncias de criação da norma, ao recordar a ocorrência de um grande incêndio na Amazônia, fato que sensibilizou sobremaneira a opinião pública, provocando a elaboração de projetos substitutivos às pressas em um período próximo às eleições, na tentativa de responder à pressão pública e aos meios de comunicação; a inefetividade da responsabilidade penal da pessoa jurídica na seara ambiental e uma maior identificação de condutas praticadas por pessoas físicas, menos relevantes em termos de gravidade da lesão ao ambiente.⁵³⁸

Somam-se, ainda, indicadores da incapacidade estrutural para a produção de efeitos instrumentais, em virtude de uma grande abrangência material e da amplitude dos objetivos presentes na Lei 9.605/98, a qual, desde o ano de sua edição, tem enfrentado severas críticas de um amplo setor doutrinário, sobretudo por estar inserida em um

substitutivas dos legisladores: lei de alibi ou lei de crise (exemplo: lei para lutar contra o terrorismo na intenção de apaziguar o medo público e a indignação de alguns poucos); (iii) lei de compromisso (exemplo: cláusulas penais gerais que em verdade quase nada decidem e, de alguma forma, somente demonstram a “dura” luta do legislador para a satisfação de uma necessidade de ação, apud COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 249-250.

⁵³⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, passim; GRECO, Luis. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*, *RBCCRIM*, n. 58, jan./fev, 2006, p. 156 e ss. Sobre o contexto de criação de um direito penal ambiental na Alemanha, HASSEMER denuncia que nos anos 80 havia um objetivo primordial de obter a condensação de todas as normas penais relevantes para a proteção do meio ambiente em um único diploma legal, perseguindo-se um intuito de pedagogia social, pois se esperava que as pessoas entendessem o significado imanente à decisão legislativa de integrar as infrações penais ambientais no próprio âmbito do direito penal. Entretanto, o que se verificou foi um déficit de execução, HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*, *RBCCRIM*, ano 6, n. 22, abril-junho, 1998, p. 29 e ss. Sobre a eficácia da normatividade penal na esfera ecológica e o debate sobre os déficits de execução (*Vollzugsdefizit*) ver, ainda, MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Problemas y eficacia del derecho penal del medio ambiente*. Especial referencia a la contaminación. Cuadernos de Política Criminal, n. 72, Comunidad de Madrid, 2000, p. 657 e ss. Em 1980, a introdução do 28ª Seção do StGB foi recebida com grandes esperanças, pois era uma reação aberta do legislador frente aos déficits de legitimação no âmbito da ecologia, os quais já eram objetos de discussões desde os princípios dos anos 70 com a aparição dos novos movimentos sociais (*Neue Soziale Bewegungen*), capazes de mobilizar as massas em defesa das questões ambientais. Segundo a exposição de motivos do projeto governamental, uma das finalidades era fortalecer o caráter socialmente nocivo dos delitos contra o meio ambiente e fazer frente de um modo mais eficaz, com amplas possibilidades de sanção penal, MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. *Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente*. In: *La insostenible situación del derecho penal* (editado pelo Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt – Área de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra). Granada: Editorial Comares, 2000, p. 507 e ss.

contexto de diversos projetos de leis criados com base na ideia de que a criminalização é a melhor solução, sem qualquer estudo doutrinário aprofundado.⁵³⁹

Desse modo, no cenário de um direito penal simbólico, em que particularmente as questões ecológicas permanecem na pauta das discussões públicas, devido às infinitas consequências ao ambiente, decorrentes do incremento da complexidade material das tecnologias até então consideradas convencionais, verifica-se a intensificação dos movimentos político-criminais destinados a transformar o direito penal em um autêntico instrumento de segurança em face dos riscos futuros, indetermináveis e imprevisíveis. Há, então, diante de uma crise ecológica, a funcionalização do sistema punitivo, pois este estabiliza as pressões momentâneas, seja dos movimentos ambientalistas e dos partidos “verdes”, seja do governo ou dos meios de comunicação, setores que, conforme já foi desenvolvido neste estudo, compõem a dimensão política da sociedade de risco.⁵⁴⁰

Ocorre que a funcionalização do direito penal, consoante as vozes críticas de Frankfurt, tem implicado consideravelmente em uma revisão do conceito de bem jurídico, tornando-o mais fluído e abstrato, deixando de ser um instrumento crítico para análise da legitimidade dos tipos penais, em função de sua excessiva amplitude conceitual.⁵⁴¹

⁵³⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143-144. Conferir, ainda, as considerações à Lei 9.605/98 em REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 141 e ss.; REALE JR., Miguel. *A lei hedionda dos crimes ambientais*. Folha de São Paulo, Caderno 1, Tendências e Debates, São Paulo, p. 3, 06/04/1998; REALE JR., *A lei de crimes...*, p. 121 e ss.; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 134 e ss. Antes da promulgação da lei brasileira de crimes ambientais, a doutrina nacional já enfrentava o tema, salientando a imprescindibilidade de um enfoque crítico acerca da efetividade da tutela penal na proteção do meio ambiente, COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ambiental. Comentários a Lei nº 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002, p. 48 e ss.; FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995, passim, e de forma pioneira sobre os interesses coletivos penalmente protegidos, DOTTI, René Ariel. *A tutela penal dos interesses coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, passim.

⁵⁴⁰ GÜNTHER, nesse sentido, assevera que “a emergência de novos bens jurídicos de titularidade coletiva, aparição de meios de ataque diversos dos tradicionais, e inclusive a desejável força adquirida por determinados movimentos sociais de emancipação, provocam uma espécie de entusiasmo punitivo em importantes setores da opinião pública, e também em conspícuos operadores jurídicos, que parecem propugnar, ao invés do benemérito princípio de intervenção mínima, outro de intervenção máxima”, apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 64; FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 71 e ss. Com HIRSCH, é possível afirmar, ainda, que tal cenário se trata de um “Estado de Segurança”, resultado da transformação da estrutura política adequada sobre as características de uma sociedade que conduz a situações de risco, apud BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, RBCCRIM, n. 5, ano 2, jan/mar, 1994, p. 13.

⁵⁴¹ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires, Depalma Ed., 1989, p. 280.

As exigências próprias da sociedade de risco, portanto, além de alterar os rumos da produção legislativa penal, para novos e diferentes campos (ambiente, drogas, relações de consumo, economia etc.), conduzem a um “*abandono puro e simples do Direito penal do bem jurídico e da sua base de legitimação, agora procurada na máxima eficiência do sistema*”.⁵⁴² Dessa maneira, o direito penal ao adaptar-se às demandas da contemporaneidade, vincula-se a objetivos políticos e passa a ser uma ferramenta de prevenção de situações de perigo, distanciando-se, por consequência, da forma jurídica liberal do direito penal.⁵⁴³

BARATTA, na mesma trilha de HASSEMER, expõe a relação entre as funções instrumentais e as funções simbólicas do direito penal, afirmando que as segundas tendem a prevalecer sobre as primeiras, pois cada vez mais os sistemas punitivos executam e os políticos perseguem funções simbólicas, enquanto declaram cumprir funções instrumentais.⁵⁴⁴ O principal sinal dessa preponderância das funções simbólicas está na progressiva extensão da tutela penal de direitos individuais aos interesses difusos e às funções, expandindo-se sobremaneira o conceito de bem jurídico.

BARATTA denuncia uma crise irreversível da legitimação instrumental dos sistemas punitivos, em função das dificuldades de uma utilização reducionista do seu conceito e de sua dinamização. Com base em DENNINGER, o autor aponta a “*dinamização dos bens jurídicos*” como um fenômeno presente no “Estado de Segurança”, que consiste no descolamento na relação Estado-sociedade no que se refere à produção de bens jurídicos, pois enquanto no Estado liberal clássico os bens jurídicos eram produzidos no seio da sociedade civil, estando pré-constituídos nas relações das funções públicas, no “Estado de Segurança” os bens jurídicos são produzidos pelo Estado, relacionados, portanto, às infraestruturas, complexos organizacionais e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas.⁵⁴⁵

Desse modo, o “Estado de Segurança” torna-se garantidor da certeza do direito, das regras do jogo e do espaço jurídico no qual se concretizam as relações de produção e os relativos conflitos, administrando os riscos a eles vinculados, o que explica o

⁵⁴² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 139.

⁵⁴³ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In: Pena y Estado. Función simbólica de la pena, n. 1, Septiembre-Diciembre, 1991, p. 34.

⁵⁴⁴ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, *RBCCRIM*, n. 5, ano 2, jan/mar, 1994, p. 22.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 13.

desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a fases anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado.⁵⁴⁶

A linha teórica desenvolvida por autores de Frankfurt e seguida por diversos outros, inclusive brasileiros, evidencia a limitação da intervenção penal para neutralizar os riscos ecológicos, salvaguardando todas as garantias do Estado de Direito, com especial referência ao desenvolvimento da pessoa humana. Ocorre que diante da complexidade do mundo contemporâneo e das expectativas sociais vigentes, que inevitavelmente norteiam os rumos da política criminal, em especial no que se refere à defesa de bens jurídicos supraindividuais, a teoria pessoal do bem jurídico passa a apresentar dificuldades em estabelecer os seus próprios limites no exercício concreto da função de delimitação negativa do direito penal.

Observa-se que a concepção pessoal do bem jurídico pode suscitar dificuldades teóricas a impedir sua boa aplicação, uma vez que, num plano de maior abstração, em sentido pessoal, qualquer bem jurídico supraindividual, inclusive o ambiente, pode ser (re) interpretado, pois tudo que é compreendido pela sociedade relaciona-se a indivíduos concretos. O Estado, de fato, tem mesmo como função precípua garantir a autorrealização dos indivíduos, o que demonstra a perda de conteúdo ou precisão do critério estabelecido pela teoria pessoal do bem jurídico, revelando-se um conceito muito mais amplo e ideológico.⁵⁴⁷

Ademais, a desmaterialização do conceito de bem jurídico, mormente no âmbito difuso, fez ROXIN, como visto, estabelecer exceções em sua teoria, conduzindo necessariamente a uma admissão de que existe uma fonte de legitimação de bens jurídicos diferente dos pressupostos clássicos. Toda vez que esta fonte não é descrita nem circunscrita, questiona-se: como licenciar a um valor qualquer o fundamento de legitimação dessas exceções? De outro modo, diante dessa carência de legitimidade, acaba por ser necessária uma extensão do conceito pessoal de bem jurídico? O problema

⁵⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico*, RBCCRIM, n. 5, ano 2, jan/mar, 1994, p. 14.

⁵⁴⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatores S. *O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo*. Revista Liberdades, n. 1, jan./abr. 2009, p. 25-26.

permanece na legitimidade de tal extensão, pois o que se resulta é um fenômeno que o conceito pessoal de bem jurídico parece não resolver.⁵⁴⁸

Paralelamente aos autores que aderem ao discurso de resistência do direito penal, especialmente no que se refere à idoneidade da tutela penal ambiental, existem outras correntes críticas, extremamente cétricas em relação à capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico em permanecer como critério de legitimidade nesse campo. Algumas, inclusive, permanecem pautadas por uma visão estritamente normativa, desprestigiando, por completo, a capacidade de crítica da teoria. Por outro lado, há entendimentos atuais, munidos por um discurso de modernização do direito penal, que seguem uma linha defensiva do bem jurídico, desvencilhando-se de um rigor clássico, porém, ao mesmo tempo, propondo uma releitura de suas bases. Esse balanço entre as correntes atuais sobre a teoria do bem jurídico, com especial referência a legitimidade das incriminações ambientais, merece, portanto, uma análise pormenorizada. É o objetivo do tópico seguinte.

3.5 A capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade no direito penal ambiental

Diante do cenário de crise da teoria do bem jurídico na contemporaneidade, consoante o exposto no capítulo 1 deste estudo, verifica-se a existência de inúmeras propostas tendentes a conferir maior racionalidade da teoria, principalmente na seara supraindividual. Enquanto algumas permanecem radicais em seus fundamentos, desprestigiando completamente a funcionalidade da teoria, outras denotam um caráter expansionista de suas bases, dilatando por demais o conceito de bem jurídico, comprometendo a sua almejada função crítica. Há ainda posicionamentos, como o de ROXIN, que estabelecem exceções à ideia de bem jurídico como condição necessária para a incriminação, os quais aparentemente enfraquecem a teoria, ante a possibilidade de incriminar sem a presença de um bem jurídico, mas que, na verdade, fortalecem as suas bases, pois se recusa a diluir o conceito, demarcando com precisão o ponto em que o

⁵⁴⁸ KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 226.

direito penal protege apenas interesses, que já não são referíveis nem ao homem nem ao sistema social.⁵⁴⁹ Algumas dessas vertentes teóricas precisam ser desenvolvidas.

STRATENWERTH, por exemplo, demonstra ser cético no que se refere ao conceito de bem jurídico coletivo, pois entende que a norma penal, destinada a proteger um número indeterminado de sujeitos, não precisa fazer referência a um bem jurídico específico, visto que o que permanece em questão são decisões normativas básicas, direcionadas a todos como coletividade. Se o sistema de normas e valores representativos de um consenso social básico está necessariamente conectado com uma tradição cultural, o que passa a ser fundamental como razão de incriminação, a partir de uma visão liberal do mundo, são as normas de condutas individuais, concebidas como “convicções homogêneas”, presentes ou arraigadas na sociedade.⁵⁵⁰

Nessa linha, para que o direito penal tutele, por exemplo, gerações futuras, STRATENWERTH desacredita na função crítica exercida pelo bem jurídico, ao menos na acepção tradicional ainda hoje dominante. Para uma tutela de gerações futuras perante riscos globais, seria necessário o afastamento de um *direito penal do resultado*, para se tornar um *direito penal do comportamento*, através do qual se penalizariam *puras relações de vida como tais*, visto que o desempenho da função penal passa pela tutela de “normas de comportamento”, afastando-se do dano e mesmo do perigo de dano, pois de perigo só poderia falar-se com referência a bens jurídicos concretos. Sendo assim, a categoria do bem jurídico-penal, enquanto figura ligada à tutela de interesses individuais concretos, falha completamente nos crimes referidos ao futuro.⁵⁵¹

Para STRATENWERTH, é insustentável o dogma da ilegitimidade das normas penais que não protegem bens jurídicos determinados, visto que estes podem ter um caráter indeterminado, tal como o ambiente. A distinção entre bens jurídicos determinados e

⁵⁴⁹ Cf. GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, *RBCCRIM*, n. 49, jul.-ago, 2004, São Paulo, p. 110.

⁵⁵⁰ STRATENWERTH, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 404. O autor defende que a estigmatização de um comportamento como criminal deve limitar-se a lesão daquelas normas sobre as que existe um consenso praticamente ilimitado com as quais, pelo menos, em geral, é possível conformar-se, STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. el hecho punible*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Madrid: Edersa Ed., 1982, p. 6-7. WOHLERS, por outro lado, critica esse argumento, pois não se estabelece uma análise no plano da valoração crítica das normas penais, isto é, não se definem os critérios em função dos quais se poderiam distinguir os delitos de condutas legítimos ou ilegítimos, WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 404.

⁵⁵¹ Apud FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 140-141.

indeterminados não é a melhor, uma vez que o mais correto está em distinguir os bens jurídicos em determinados de plano e bens jurídicos determináveis, isso conforme a demanda de esforço exigida do intérprete para constatar – ou refutar – a existência de um bem jurídico prévio à edição da norma penal. O autor afirma que não se pode negar proteção penal ao ambiente, primeiro, porque dogmaticamente é insustentável a restrição da tutela penal a apenas bens jurídicos determinados e, segundo, porque a Constituição foi expressa ao assinalar o dever estatal de proteção ao ambiente.

FRISCH, por sua vez, entende que o balanço final sobre o bem jurídico é autenticamente limitado, exatamente pela relatividade, vagueza e a amplitude de seu conceito, comprometendo a suposta função de limitar o direito penal. A classificação de uma dada realidade como um determinado bem jurídico constitui somente um primeiro passo de um processo de legitimação de proibições ou mandados com respaldo penal. No âmbito do direito penal ambiental, por exemplo, no que se refere à legitimidade dos delitos cumulativos, o autor assevera a necessidade de se avaliar se as pequenas infrações não poderiam ser legitimamente tuteladas por sanções extrapenais, mercê do princípio da responsabilidade, traduzido nas questões de idoneidade, necessidade e adequação da pena.⁵⁵²

Através do funcionalismo sistêmico, JAKOBS também rechaça a tese da subsistência dos bens jurídicos em si mesmos, pois todo bem jurídico necessita para realizar as potencialidades nele contidas de uma série de condições acompanhantes, sendo que atualmente já não se tem por pressuposto que essas condições concorram, nem tampouco que seja um destino iniludível ou que faltem. O ambiente enquanto um suposto bem jurídico apresenta essa dificuldade, vez que o ambiente “intacto” não é evidentemente um estado natural, mas o resultado de certas decisões sociais, de modo que quem quiser orientar-se deverá observar a vigência das normas que configuram essas decisões.⁵⁵³

Convém frisar que JAKOBS pensa o bem jurídico como algo necessariamente vinculado ao seu titular, pois não existem bens jurídicos que flutuam livremente, de modo que apenas o titular pode exigir que o seu bem (individual ou coletivo) não seja lesionado. Desse modo, o direito não seria um muro protetor colocado ao redor dos bens, ao contrário,

⁵⁵² FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, *passim*.

⁵⁵³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Estudos de direito penal. V. 6. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 26.

é uma relação entre pessoas, o que permite afirmar que o direito penal como protetor de bens jurídicos somente pode significar que se protege a uma pessoa ou a generalidade, enquanto um coletivo imaginado de todas as pessoas, em sua relação com outra pessoa, contra a lesão dos direitos sobre seus bens. Sendo assim, o bem jurídico não há de representar-se como objeto físico ou algo similar, mas como norma, como expectativa garantida.⁵⁵⁴

Também sob um enfoque normativo, MÜSSIG utiliza o discurso de modernização do direito penal para sustentar que a legitimação de tipos penais orientados a proteção dos chamados bens jurídicos universais se vincula a função social de complexos sistemas sociais ou instituições. A partir de uma análise normativa, entende que as normas de conduta juridicamente positivadas, enquanto estrutura da sociedade, não se referem somente a relações diretas de interação, isto é, não se referem unicamente como pauta de orientação para a configuração geral de contatos sociais diretos. As expectativas de conduta podem referir também simultaneamente ao estabelecimento de instituições ou à conformação de sistemas parciais complexos da sociedade.⁵⁵⁵

Nessa perspectiva, no âmbito dos bens jurídicos coletivos, a teoria pessoal do bem jurídico, conforme MÜSSIG, acaba por limitar os critérios materiais de definição social do sujeito, inviabilizando a fundamental conexão entre a configuração das sociedades modernas e a constituição social do indivíduo como sujeito pessoal.⁵⁵⁶ Isso porque as esferas do indivíduo na sociedade moderna não são perfilhadas unicamente mediante interações diretas, mas também por complexos sistemas sociais. Dessa maneira, a existência de tipos penais para a proteção dos chamados bens jurídicos universais não pode ser considerada ilegítima, principalmente no contexto de uma sociedade complexa.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ JAKOBS, Günther. *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003, p. 60-61; JAKOBS, Günther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal*. Livro homenagem al profesor Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 42-43. Quanto menor a confiança em que os pressupostos da vida e da configuração da vida dos cidadãos se ajustem por vias naturais, mais o Estado assume a administração de tais pressupostos e estende, em sua regulação final, a proteção penal a esses pressupostos, JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 49.

⁵⁵⁵ MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítico hacia el sistema. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos, *RDPC*, 2ª época, enero, Madrid, 2002, p. 202.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 204.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 207.

Com bases no funcionalismo sistêmico e partindo da premissa de que o bem jurídico representa um entreposto necessário à operatividade do princípio de danosidade social e, simultaneamente, a instância de intervenção do legislador, conformadora do sentido definitivo da tutela a prosseguir com a norma penal, AMELUNG reconhece que a teoria pessoal do bem jurídico é um exagero ao exigir que toda norma penal legítima se refira a um objeto de proteção que apresente uma referência específica ao bem jurídico matriz e superior que seria a “pessoa”.⁵⁵⁸ Segundo o autor, o personalismo não serve para fixar limites ao legislador, visto que os bens jurídicos tem sua origem em um juízo de valor numa sociedade pluralista. É o elemento comum do juízo de valor, constitutivo dos bens, que atravessa a ponte normativa entre o *ser* e o *dever ser*, entre a realidade protegida e a norma protetora, e obriga o aplicador da norma a não fazer *tabula rasa* dessa realidade, mas ao revés, a levantar e a considerar, em sua interpretação, todas as diferenças valorativamente relevantes.⁵⁵⁹

Para AMELUNG, numa visão histórica e lógica, a busca da finalidade protetiva de uma norma penal é a primeira ocasião para que alguém se ocupe do objeto de proteção, contudo, existem outros enunciados e também princípios jurídicos, principalmente gerais e não escritos, que servem de ponte do *dever-ser* para o *ser*, realçando, portanto, a relevância normativa de descrições dos bens jurídicos. Nos tipos penais que protegem bens jurídicos coletivos, como o ambiente, elementos como “confiança” ou “segurança” são introduzidos com frequência na análise teleológica de determinadas normas penais, pois a função ou a existência de tais tipos penais dependem de seu reconhecimento pela sociedade. Esses conceitos aludem apenas a que a aceitação social de bens jurídicos coletivos expostos a perigo depende do respeito a certas normas que combatam esses riscos.⁵⁶⁰ Desse modo, o autor entende que ao lado da teoria do bem jurídico pode conceber-se uma teoria sociológica da lesividade social, que compreenda a lesão social não como a destruição de objetos, e sim, retome a antiga ideia de que o crime atinge as condições de organizações da convivência humana.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Cf. COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 101; AMELUNG, Knut. *O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 129-130.

⁵⁵⁹ Ibid., p. 138.

⁵⁶⁰ Ibid., p. 149-150.

⁵⁶¹ Ibid., p. 158.

No cenário atual, contudo, ao lado dos doutrinadores que permanecem céticos em relação ao potencial crítico da teoria do bem jurídico, bem como das escolas que defendem um substancial enfoque normativo quanto a suas bases, há autores que se dividem particularmente quanto ao conteúdo dos bens jurídicos supraindividuais e quanto aos pressupostos de legitimidade da tutela penal nesse âmbito. MATA Y MARTÍN, por exemplo, destaca a recíproca dependência entre bens jurídicos supraindividuais e bens jurídicos individuais, denotando o caráter de complementaridade entre as duas esferas, para defender a existência de bens *intermediários* supraindividuais, isto é, a lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico supraindividual (intermediário) é meio ou um passo prévio necessário para a lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico individual.⁵⁶²

SCHÜNEMANN, com similar raciocínio, através da expressão “*bem jurídico intermediário espiritualizado*”, define os bens jurídicos supraindividuais com caráter imaterial, os quais desempenham verdadeira função de representação, reclamando uma autonomia e proteção próprias. Nesse sentido, considerando a sua difícil visualização, com uma única ação individual, de lesão ou mesmo de uma concreta colocação em perigo, concebe-se uma proteção abstrata, de modo que apenas se consideraria o bem jurídico protegido como lesionado se ocorresse uma reiteração generalizada de condutas que não respeitassem as regras básicas.⁵⁶³

No mesmo sentido, ALCÁCER GUIRAO entende que para que o direito penal cumpra a finalidade de proteger diretamente os interesses das gerações futuras, seria legítima uma proteção autônoma do habitat onde tais interesses se desenvolvem, sem que seja necessária

⁵⁶² MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997, p. 32.

⁵⁶³ Apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. Interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 64; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 150 e ss; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A construção do Bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n. 122, p. 14-15, jan. 2003. Adotando mais recentemente o conceito “*bens jurídicos intermediários*”, vide SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 223 e ss. Tal entendimento irá permitir o autor a defender, por exemplo, a existência de bens jurídicos ecológicos por si mesmos, no âmbito do direito penal ambiental, em clara contraposição aos autores de Frankfurt, SCHÜNEMANN, Bernd. *Sobre a dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Tomo II. Colección autores de derecho penal dirigida por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2009, p. 330 e ss; SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal, ADPCP*, tomo XLIX, fasc. I, enero-abril, 1996, p. 192 e ss.

a exigência de afetação potencial dos interesses das gerações presentes.⁵⁶⁴ O autor reconhece a dificuldade em se estabelecer novas estruturas de imputação do direito penal baseadas na liberdade individual, apontando a necessidade de um novo modelo de direito penal assegurador do futuro, com as seguintes características:

i) regulação e proteção de entidades supraindividuais, assegurando não tanto bens pessoais como estruturas sistêmicas ou institucionais coletivas funcionais a estabilidade social; ii) expansão das estruturas de imputação, com as seguintes vertentes: a) responsabilidade centrada na previsibilidade potencial; b) responsabilidade coletiva de grupos sociais e organizações empresariais, de modo a permitir a repartição da imputação em função do papel realizado por terceiros, de acordo com os fenômenos de delegação de controle de riscos e da repartição da imputação individual em virtude de uma probabilidade de acumulação de ações similares por terceiros; e iii) uma lesividade baseada em riscos genéricos ou difusos, delimitados em virtude de padrões formais, ou em produções de efeitos vinculados somente em virtude de uma causalidade estatística.⁵⁶⁵

Nesse sentido, ALCÁCER GUIRAO, na tentativa de legitimar os novos institutos dogmáticos no direito penal ambiental, fazendo referência aos delitos cumulativos, e levando-se em conta complexidade social, defende que o ambiente pode ser concebido como bem jurídico em um sentido ambivalente: de uma parte, considerando que constitui o entorno por excelência do desenvolvimento da liberdade pessoal, pode ser concebido como bem jurídico *intermediário*, perfilhando o entendimento de MATA Y MARTÍN, e, de outra parte, dado o seu caráter eminentemente sistêmico e global, entende possível ser concebido como bem jurídico *institucional*, compartilhando da doutrina de SCHÜNEMANN, pois se permite uma proteção independente dos bens jurídicos pessoais.⁵⁶⁶

HEFENDEHL, adepto de uma teoria social do bem jurídico, estende o conceito de bem jurídico às chances de participação social, demonstrando ser adepto ao *dualismo*, ao propor uma sistematização na estrutura dos bens jurídicos supraindividuais. No tocante aos delitos contra o ambiente, embora haja a possibilidade dos cidadãos desfrutarem

⁵⁶⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4-8, 2002, p. 6 e ss. Disponível em: http://www.criminet.ugr.es/recpc_04-08.html. Acesso em: 26 mar. 2012.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 10-11.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 18-19. O autor entende que o bem jurídico espiritualizado, uma vez circunscrito àquilo que é protegido no âmbito do ideal ou espiritual, sem vinculação com as relações interpessoais que conformam, numa concepção liberal, a sociedade, pode acolher dentro de seu marco de sentido todos aqueles valores que devem ser amparados pela aplicação da sanção penal. Nesse contexto, não seria a integridade física como entidade ontológica, nem a conduta delitiva como modificação causal da realidade, que interessaria ao direito penal, mas a redução das possibilidades de participação social que a lesão significaria para o titular do bem jurídico, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, passim.

individualmente das realidades naturais, o Estado não tem a capacidade de colocar a disposição os bens jurídicos ambientais de forma generalizada e ilimitada, exatamente por tratarem de contingentes esgotáveis e relevantes para a sociedade, razão pela qual merecem um especial meio de proteção.⁵⁶⁷

HEFENDEHL reconhece a falta de causalidade lesiva real entre a ação e o bem jurídico supraindividual, exigindo-se, portanto, a chamada *equivalência material* no plano da criminalização. Com esse raciocínio, o autor defende a hipótese de que os distintos tipos de estruturas dentro dos bens jurídicos coletivos exigem distintos tipos delitivos com condições de legitimidade diversas. Assim, um tipo penal constitucionalmente legítimo não surge somente de uma determinada estrutura do bem jurídico ou de um determinado tipo de delito, ao revés, depende da combinação do bem jurídico e a estrutura delitiva.⁵⁶⁸

No que se refere aos bens jurídicos supraindividuais, e partindo da premissa de que os bens jurídicos devem ser protegidos em processos sociais judicializados, de modo a garantir as condições dentro das quais o indivíduo pode cumprir com o seu rol na coordenação social de ações, KINDHÄUSER destaca que esta concepção de bem jurídico não se opõe a existência de bens jurídicos universais, ao contrário, em uma sociedade pluralista e liberal de corte moderno, não se pode apresentar apropriadamente como uma simples soma de direitos individuais de liberdade. São essenciais, nesse contexto, as estruturas de interação social, isto é, as de intercâmbio de bens e de uso coletivo.⁵⁶⁹

A formulação de novos tipos penais, como os de perigo abstrato, muito presentes na seara supraindividual, reascende o debate sobre a legitimidade desses delitos, capazes de consubstanciar um direito penal simbólico, nos moldes das críticas formuladas por autores de Frankfurt. Nesse cenário, KINDHÄUSER admite serem legítimas essas espécies delitivas, utilizando, sobretudo, a capacidade crítica que o bem jurídico pode exercer. Segundo o autor, no âmbito dos crimes de perigo abstrato, a proteção de bem jurídico não se deve referir ao bem como tal, mas em função que esse bem tem para os seus titulares. Uma proteção de bem jurídico que se refere somente a simples defesa de modificações é vaga e imprecisa, não apenas por causa da falta de uma escala de mediação de valor, mas também,

⁵⁶⁷ HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 188 e ss.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 194 e ss.

⁵⁶⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 68-69.

porque restringe do âmbito de proteção o aspecto de valor relevante para o direito penal. Noutros dizeres, restringe a importância dos bens jurídicos como subsidiário da participação na interação social.⁵⁷⁰

Interpretando os bens jurídicos como meios de participação na vida social, é possível estender a proteção penal também para assegurar a possibilidade de disposição sobre esses bens, de maneira que os crimes de perigo abstrato se referem à segurança dessa relação entre o bem jurídico e seu beneficiário, e não necessariamente à afetação do bem jurídico, em sua forma ou substância.⁵⁷¹ Desse modo, KINDHÄUSER define um perigo como abstrato quando se intervém de tal forma na área de disposição sobre um bem, que, do ponto de vista do bem jurídico, só depende da causalidade ou não a que esse bem seja levado a uma situação concretamente perigosa.⁵⁷²

Nesse sentido, KINDHÄUSER entende que os crimes de perigo abstrato, no âmbito dos bens jurídicos supraindividuais, não refletem necessariamente um direito penal simbólico, pois a sociedade (democrática) busca sua identidade através da integração social discursiva, formada também pelo direito penal, suscetível a constantes mudanças.⁵⁷³ Nesse ponto, leva-se em conta o fator *segurança*, que constitui uma *idée directrice* do tempo atual, o que torna legítimas determinadas normas de segurança que são reforçadas mediante pena.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 80-81.

⁵⁷¹ Ibid., p. 81.

⁵⁷² ; KINDHÄUSER, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: Ara Editores, 2008, p. 54. Nesse particular, o autor aproxima do funcionalismo sistêmico ao sustentar que nas áreas nas quais as consequências danosas de ações não podem ser previstas por um destinatário da norma, que seja fiel ao direito e que disponha de um conhecimento epistêmico, se devem formular condições de segurança, as quais devem ser respeitadas incondicionalmente, pois o que está em questão é a segurança das condições básicas objetivas para o desenvolvimento de bens, ensejando, por exemplo, a proteção de recursos naturais do meio ambiente ou, ainda, condições marginais da fluidez da interação social segura, mais exatamente na área das relações comerciais, idem, 1996, p. 87

⁵⁷³ Idem, 1996, p. 87.

⁵⁷⁴ KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de F, 2011, p. 27. Tem-se na hipótese a institucionalização do fator segurança, vez que as políticas públicas - não somente penais - e a sensibilidade coletiva se articulam ao redor do alarme em face da insegurança, isto é, do medo do cidadão pelo recrudescimento da criminalidade. Este medo passa a expressar mensagens ético-políticas coerentes com a visão do mundo dominante e úteis para a conservação da ordem institucional, CORNELLI, Roberto. *Miedo, criminalidad y orden*. Traducción Flavia Valgiusti. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 343 e ss. Neste cenário, a gestão estatal da insegurança se caracteriza pela oferta do endurecimento do controle social como resposta ao alarme social, que se expressa através de reformas jurídicas e policiais de maior corte repressivo, como, por exemplo, o auge dos modelos de tolerância zero frente ao de polícia comunitária, as reformas endurecedoras dos códigos penais ou das legislações de lei e ordem que estabelecem condutas sancionáveis muito amplas com o fim de permitir aos poderes públicos selecionar, ao amparo de uma norma, o setor social a pressionar em cada momento, PÉREZ

Ainda sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato e o potencial crítico do bem jurídico em conferir essa legitimação, KISS argumenta sobre a importância deste último como padrão de análise. Se uma medida estatal que afeta um direito fundamental deve ser idônea, isto é, facilitar a obtenção dos objetivos que o legislador se propõe a lograr através dela, no âmbito dos crimes de perigo abstrato, a criação ou a existência de um bem jurídico possibilita um juízo positivo de valor sobre o ambiente, ou ainda, outros bens supraindividuais, cujas consequências vão mais além do próprio direito penal, permitindo averiguar quais outras medidas de otimização seriam suficientes para proteger determinados interesses, como por exemplo, invenções tecnológicas e campanhas de conscientização.⁵⁷⁵

Além do mais, através do bem jurídico, é possível averiguar em que medida a proteção por meio do direito penal é legítima, utilizando-se um método de decomposição, cujo escopo é identificar como uma determinada ação proibida pode afetar um bem jurídico específico. Nos casos em que não se pode definir uma situação valorada positivamente, subjacente a determinado bem jurídico, tampouco pode estimar-se um mandato de proibição, por ser minimamente inapto a assegurá-lo, de modo que a ingerência na liberdade individual, nesses casos, não poderia ser justificada.⁵⁷⁶

BUSTOS RAMÍREZ, por sua vez, destaca que no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito, além da proteção a pessoa humana, individualmente considerada, surge a necessidade de configurar uma área não necessariamente com referência direta a elementos individuais, mas atrelada a processos socioeconômicos, fazendo surgir novos bens jurídicos de caráter supraindividual. Esses novos bens exigem uma leitura não meramente formal, mas material, devendo ser dotados de conteúdo a partir das relações sociais concretas, implicando a participação dos sujeitos no processo social e,

CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Istel, 2007, p. 52. Contudo, a missão das normas de segurança tendente a conseguir um juízo de certeza sobre a confiabilidade de determinado âmbito de regulação jurídica, especialmente através de crimes de perigo abstrato é contestada, por exemplo, por FRISCH, ROXIN e HIRSCH, pois esses autores partem de uma base argumental comum, compartilhada por KISS, no sentido de que a segurança não é uma causa, senão uma consequência da proteção de bens jurídicos principais. Não é necessária nenhuma meta ou bem jurídico intermediário para lograr a despreocupação e promover uma disposição ótima dos bens, pois isso se resulta da proteção do bem jurídico principal, KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 166-167. Essa tese também é contestada por COUTO DE BRITO, pois segurança não é e não pode ser um bem jurídico; segurança seria, na verdade, a ausência de perigo, ou seja ausência de colocação em perigo ou de lesão de algo penalmente protegido. Tal segurança decorreria do atendimento às normas jurídico-penais, COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 234.

⁵⁷⁵ KISS, op. cit., p. 262.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 263.

consequentemente, no processo econômico, culminando em uma “*síntese normativa determinada de uma relação social concreta e dialética*”.⁵⁷⁷

Nessa linha, os bens jurídicos coletivos podem ser definidos, segundo o penalista chileno, a partir de uma relação social baseada na satisfação de necessidades de cada um dos membros da sociedade ou de um ente coletivo e em conformidade com o funcionamento do sistema social.⁵⁷⁸ Nessa perspectiva, o autor propõe uma moderna sistematização dos bens jurídicos, subdividindo aqueles que são referidos às *bases e condições* da subsistência do sistema e outros que estão em relação ao *funcionamento* do sistema. Em um Estado Social e Democrático de Direito, os primeiros são constituídos, de forma microssocial, pela pessoa (indivíduo) e sua dignidade, em estreita relação com outras pessoas individualmente consideradas, estando nesse âmbito todos aqueles bens jurídicos denominados tradicionalmente (vida, saúde individual, liberdade, honra etc.).⁵⁷⁹

Os segundos, referidos ao funcionamento do sistema, composto por relações macrossociais, entre uma pessoa com outra, e assim sucessivamente, adquirindo especial importância nesse âmbito os entes intermediários entre um indivíduo e o seu próximo. Dentro dessa categoria, BUSTOS RAMÍREZ distingue três subclasses de bens jurídicos: (i) *bens jurídicos institucionais*: seriam aqueles referidos a determinadas instituições básicas para o funcionamento do sistema, cumprindo com os requisitos da dupla massividade e universalidade e estabelecendo vias ou procedimentos organizativo-conceituais para assegurar os bens jurídicos pessoais (enquadram nessa subclasse, por exemplo, os delitos contra a administração da justiça e contra a fé pública); (ii) *bens jurídicos de controle*: seriam aqueles referidos a organização do aparato estatal, para que esse possa cumprir suas funções (enquadram nessa subclasse os delitos contra a autoridade, os delitos contra a segurança interna e exterior); e (iii) *bens jurídicos coletivos*: aqueles referentes a satisfação de necessidades de caráter social e econômico, relacionados à participação de todos os indivíduos no processo socioeconômico.⁵⁸⁰

Tal sistematização ganha relevo especialmente quando se almeja aferir as restrições à intervenção punitiva estatal em cada uma das subclasses acima. No que se refere aos bens

⁵⁷⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes colectivos*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986, p. 153 e ss.

⁵⁷⁸ Ibid., p. 159.

⁵⁷⁹ Ibid., p. 161.

⁵⁸⁰ BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., p. 161.

jurídicos referidos às bases e condições de subsistência do sistema, poucas são as restrições, haja vista a importância e hierarquia dos bens envolvidos, como por exemplo, a pessoa, a vida, saúde individual, liberdade, patrimônio e a honra. Por outro lado, são maiores as restrições à intervenção penal no tocante aos bens jurídicos referidos ao funcionamento do sistema, considerando, sobretudo, a excessiva proteção dos bens jurídicos coletivos e de controle. Em face de uma concepção democrática da sociedade, essas restrições precisam ser, de fato, maiores, sob pena de haver a conversão de um Estado Democrático em um Estado policial. Desse modo, diante da importância das restrições à intervenção penal no âmbito dos bens jurídicos coletivos, é necessário partir da premissa de que tais bens estão em uma relação de complementaridade com os demais bens que constituem as bases e condições do sistema, isto é, estão em uma relação teleológica com estes, objetivando, principalmente, assegurar a liberdade e a igualdade material dos sujeitos.⁵⁸¹

TIEDEMANN entende o bem jurídico coletivo como um interesse social protegido pelas figuras penais, devendo estar, porém, desvinculado da delimitação jurídica das incriminações legais, estando mais além do direito vigente, pois transcendem os interesses jurídicos individuais. No direito penal econômico, por exemplo, além dos bens jurídicos envolvidos estarem, em última instância, relacionados ao indivíduo, eles estão necessariamente vinculados ao próprio Estado e aos seus interesses, bem como a outras instituições intermediárias entre a economia e os interesses estatais, o que justifica a necessidade de possuírem autonomia.⁵⁸² Sendo assim, interesses atinentes ao bem comum e a valores societários de especial importância devem ser protegidos pelo direito penal, muito embora não pertençam primordialmente a esfera de responsabilidade do particular, e sim, a uma totalidade supraindividual.⁵⁸³

GRACIA MARTÍN utiliza da particularidade do direito penal moderno, consubstanciada pela proteção de novos bens jurídicos de caráter universal ou coletivo, para uma análise crítica do conjunto de fenômenos característicos do expansivo processo de modernização do direito penal em contraposição ao direito penal liberal. Atento a crítica do “discurso de resistência” de que a função da teoria do bem jurídico passa de um sentido

⁵⁸¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Los bienes colectivos*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986, p. 162-163.

⁵⁸² TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de delito económico y de derecho penal económico*. In: Revista Nuevo Pensamiento Penal, ano 4, n. 5 a 8, Buenos Aires, Depalma Ed., 1975, p. 463 e ss.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 473-474.

descriminalizador para um sentido *criminalizador*, traduzindo, portanto, em uma ilegítima inversão dialética da função da teoria,⁵⁸⁴ o autor defende que o direito penal moderno é um direito penal totalmente em conformidade com as exigências do Estado de Direito, e, por isso, o conceito de bem jurídico deve necessariamente assumir uma *diretriz normativa*.⁵⁸⁵

Portanto, o bem jurídico não seria um objeto da realidade enquanto tal, nem um valor ideal, ao revés, são instrumentos dinâmicos e funcionais, traduzidos em uma síntese entre o *substrato* da realidade (objeto de valoração) e uma determinada valoração deste (valoração do objeto), de modo que o *substrato* é sempre uma realidade com consistência física ou incorporal, isto é, a valoração tem que derivar-se das “diretrizes axiológicas” do programa ético-político fixado.⁵⁸⁶

Nessa linha de argumentação, SOTO NAVARRO defende que a atenção aos fins ou interesses individuais não constituem um critério apto para a concreção dos bens jurídicos coletivos, pois, nesse âmbito, não cabe estabelecer uma relação funcional direta entre pessoa e certas situações da realidade social, suscetíveis de um aproveitamento imediato a autorrealização pessoal. Trata-se, na verdade, de processos de interação que tendem a cobrir necessidades básicas da sociedade em seu conjunto e, por inclusão, de todos os cidadãos, enquanto partícipes de tal interação social.⁵⁸⁷ Desse modo, o indivíduo, enquanto titular do bem jurídico e sujeito passivo, não pode constituir o referente básico para fixar a

⁵⁸⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 103. Assumindo também um posicionamento crítico sobre o tema, TERRADILLOS BASOCO defende que os bens jurídicos em jogo no âmbito do direito penal empresarial, típico direito penal moderno, não são criações artificiais do legislador, a ponto de justificar a não atuação do direito penal. O caráter classista que vem sendo caracterizado o direito penal, enquanto instrumento de controle, não pode ser ignorado, de modo que a vida e saúde dos trabalhadores e consumidores, o direito ao meio ambiente, o direito ao patrimônio histórico, artístico e cultural são, na realidade, bens jurídicos passíveis de proteção pelo legislador penal, TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Cuestiones actuales de derecho penal econômico y la empresa*. Lima: Ara Ed., 2010, p. 31-32. Apesar do tom crítico em seu argumento, TERRADILLOS BASOCO considera que não é possível construir o conceito de bem coletivo sem que ele se identifique com bens individuais, apud CARO CORIA, Dino Carlos. *Sociedades de risco, bens jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*, *RPCP*, n. 9, ano V, p. 187.

⁵⁸⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. *La modernización del derecho penal como exigência de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)*, *RDPC*, 3ª Época, n. 3, 2010, p. 52. SCHÜNEMANN utiliza a expressão “diretriz normativa” não como uma artimanha jurídica, senão como um caso especialmente instrutivo de aplicação de conhecimentos filosóficos na compreensão do bem jurídico, notadamente através da filosofia da linguagem, SCHÜNEMANN, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 202-203.

⁵⁸⁶ GRACIA MARTÍN, *Prolegômenos...*, cit., p. 110; GRACIA MARTÍN, *La modernización...*, cit., p. 52-53.

⁵⁸⁷ SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos*. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo LVIII, fasc. III, septiembre-diciembre, 2005, p. 902-903.

função social que desempenham os bens jurídicos coletivos, como tampouco para estimar a produção de um dano.⁵⁸⁸

CARO CORIA, no mesmo sentido, sustenta que ao exigir que todo bem jurídico coletivo encontre correspondência em uma realidade individual, se corre o risco de retardar a intervenção punitiva, pois ao sancionarem-se somente as condutas que vulneram a vida humana, a saúde ou o patrimônio, o direito penal passa a ser concebido como um instrumento impotente desde o ponto de vista preventivo, considerando importante, portanto, a autonomia dos bens jurídicos coletivos em relação aos individuais, embora isso não implique um divórcio entre ambas as realidades normativas.⁵⁸⁹

Em âmbito português, FIGUEIREDO DIAS reconhece a relevância autônoma dos bens jurídicos coletivos, pois podem provir precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, mesmo que não individualizáveis em concreto. Muito embora tais bens apresentam-se, por sua própria natureza, como muito mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo impossível tangibilidade, a circunstância do direito penal ser chamado a tutelá-los não impõe uma mudança ou qualquer abrandamento na proposição penal básica, segundo a qual é função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídico-penais.⁵⁹⁰

O penalista português defende a existência de bens jurídicos coletivos como tais, mas entende que, de fato, a tutela penal do ambiente não pode ser absoluta. Em face das condições de complexidade, de massificação e de globalidade das sociedades industriais contemporâneas, ligadas a uma multiplicidade e uma diversidade de condutas lesivas ao ambiente, o direito penal tem de distinguir forçosamente, para delimitação do âmbito de proteção da norma, entre *ofensas admissíveis* e *ofensas inadmissíveis*, limitando-se à criminalização destas últimas.⁵⁹¹ Isso já demonstra a importância também de uma análise sobre a afetação dos bens jurídicos ambientais e sobre quais os parâmetros críticos necessários, partindo-se necessariamente da compreensão sistêmica do ambiente, como autênticos valores públicos em constante mutação.

⁵⁸⁸ SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos*. Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, tomo LVIII, fasc. III, septiembre-diciembre, 2005, p. 903.

⁵⁸⁹ CARO CORIA, Dino Carlos. *Sociedades de risco, bens jurídicos coletivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*, RPCP, n. 9, ano V, p. 188 e ss.

⁵⁹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 151.

⁵⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português*. In: A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, p. 185-186.

Dentro deste panorama teórico, verifica-se, deveras, que a formulação de um conceito taxativo de bem jurídico ambiental demandaria um esforço descomunal com grandes chances ao insucesso. O desafio está em delinear os seus contornos e criar critérios para a sua postulação, impedindo, portanto, que se legitimem absurdos tipos penais, frequentemente criados pelo poder legislativo, que está sempre atento às demandas sociais por punição no âmbito ecológico.

A partir das linhas teóricas desenvolvidas, de ver-se que o vínculo do bem jurídico à dimensão de interesse, que implique necessariamente uma valoração dinâmica (interindividual), possui capacidade não para a construção de um conceito fechado de bem jurídico ambiental, mas para estabelecer, com base em uma metodologia dialética, alguns pressupostos para essa definição, suficientes para a manutenção de uma função crítica. A passagem de uma leitura exclusivamente naturalista ou empírica para uma de enfoque sociológico sobre a teoria do bem jurídico permite construir inovadoras facetas interpretativas, tendentes a conferir maior racionalidade na delimitação material dos crimes ambientais.

Conclui-se que o enfoque antropológico, materializado na teoria pessoal do bem jurídico, traz certamente mais obstáculos do que soluções, sobretudo em função do argumento retórico de que os bens jurídicos supraindividuais devem encontrar lastro em bens individuais. A função crítica neste aspecto é seriamente comprometida, pois não se limita o processo de incriminação, vez que num plano de maior abstração, qualquer bem jurídico supraindividual, inclusive o ambiente, pode ser sempre (re)interpretado, pois tudo que é compreendido pela sociedade relaciona-se a indivíduos concretos.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, afigura-se como fundamental não apenas a proteção da pessoa humana individualmente considerada, senão toda uma gama de relações sociais concretas, atreladas aos processos econômicos, a partir das quais surgem novos e autênticos bem jurídicos passíveis de proteção penal. Para essa proteção, demanda-se uma leitura material desses novos bens, o que implica necessariamente um real dimensionamento da participação dos sujeitos no processo social, da qual se extrairá interesses, que uma vez sintetizados, darão corpo aos bens jurídicos merecedores de tutela penal.

Esse padrão crítico e metodológico possibilita situar a teoria do bem jurídico como uma importante ferramenta para a análise da legitimidade das incriminações ambientais,

pois permite conceber o ambiente como uma síntese de interesses eminentemente sociais, capaz de formar o conjunto de condições da existência humana.

Logo, no capítulo seguinte, aproximam-se as questões jurídico-penais das relacionadas ao direito ambiental, a fim de estabelecer não um conceito fechado e taxativo de bem jurídico ambiental, mas uma leitura crítica que possibilite uma análise sistêmica e racional sobre a necessidade de sua tutela pelo direito penal, tendo como premissa a necessária vinculação entre o ambiente e o contexto das relações sociais. Partindo-se deste pressuposto, verificar-se-á em que medida é possível racionalizar a interpretação e aplicação dos tipos penais ou categorias dogmáticas no contexto da Lei 9.605/98.

CAPÍTULO IV

O BEM JURÍDICO COMO PADRÃO CRÍTICO NO DIREITO PENAL DO AMBIENTE: UMA VIA INTERMEDIÁRIA

4.1 Notas preliminares

Para uma análise crítica sobre os bens jurídicos supraindividuais, em especial, neste particular, sobre os bens ambientais, é preciso certamente considerá-los em um marco mais amplo da intervenção estatal em matéria de prevenção, a partir da existência de uma política alternativa de bens jurídicos e em consequência da possibilidade de um uso alternativo do direito penal, destinado a dirigir mecanismos de reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, mas, paralelamente, utilizando meios secundários de controle capazes de se revelar, em muitos casos, mais eficazes.⁵⁹²

Não existe um conceito material de bem jurídico no qual o sistema penal possa encontrar uma espécie de porto seguro. Na realidade, o que existe é o desenvolvimento em determinadas épocas e determinadas sociedades, muito diferentes entre si, sobre certo núcleo de bens, interesses e valorações. Com isso o que pode ou não ser chamado de bem jurídico depende da respectiva sociedade, sua constituição, seus modelos e condições sociais.⁵⁹³

Na verdade, o ponto nodular deste debate não é saber se um bem jurídico existe ou não existe em determinada situação. O problema é saber quando a intervenção penal estará legitimada para tutelá-lo.⁵⁹⁴ Tal reflexão sobre a legitimação pertence ao âmbito da política criminal, isto é, a questão está em avaliar em quais âmbitos o direito penal deve ou não atuar, em qual momento a intervenção do sistema penal é devida e legítima, o que

⁵⁹² PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. Cuadernos de Política Criminal, n. 39, Madrid, Edersa Ed., 1989, p. 742; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. 2ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: ICC, 1999, p. 202.

⁵⁹³ COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 235.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 243.

demonstra a importância da penetração da política criminal no âmbito jurídico, guiada por um viés teleológico.⁵⁹⁵

Tal penetração somente é possível através do bem jurídico-penal, o que é notável na seara penal-ambiental, visto que os discursos ambientais se dispersam entre os sistemas sociais, permitindo que as expectativas, os interesses e os valores ambientais sejam plasmados pelo bem jurídico. Sendo assim, resta ainda situar o bem jurídico ambiente no contexto das relações sociais, a fim de que seja possível uma análise sistêmica e racional sobre a *necessidade* de sua tutela pelo direito penal. Acredita-se que tal pressuposto irá permitir um enfoque crítico-reflexivo sobre a teoria do bem jurídico enquanto critério de legitimidade das incriminações ambientais.

4.2 Ambiente e relações sociais

O cerne dos debates contemporâneos sobre as vias de proteção ambiental pressupõe sempre uma análise do cenário da crise ecológica, a partir da insuficiência, quer dos instrumentos ou procedimentos instituídos para o cumprimento de tal objetivo, quer da organização e do seu funcionamento precário, incompleto e deficiente. Noutros dizeres, o pressuposto da discussão está em avaliar a forma como o Direito do Ambiente pode se relacionar de modo mais adequado e eficiente com os problemas ambientais qualificados, principalmente, pela questão do risco.⁵⁹⁶

Há, como já delineado neste trabalho, uma nova dinâmica política dos riscos globais, em que os tradicionais graus de responsabilidade (pessoal e interpessoal) tornam-se insuficientes para a esfera global da ação tecnológica coletiva, que se estende por todo o planeta. Trata-se, como visto, de um autêntico quadro de crise ecológica, uma vez que a problemática ambiental adquire relevância no seio de uma sociedade hipercomplexa, havendo uma crescente preocupação com a questão ambiental, ensejando o incremento do complexo de relações discursivas tendente a uma correta compreensão de seu conteúdo,

⁵⁹⁵ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 102.

⁵⁹⁶ MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 202.

refletindo, inevitavelmente, em uma nova configuração do direito ambiental nos tempos hodiernos.

Segundo BROOKS, ao fazer referência ao Direito Ambiental norte-americano, a relação atual entre direito e ambiente exige formas específicas de atuação para a sua proteção: (i) a recuperação dos ideais éticos do ambiente; (ii) a perspectiva do nosso mundo e da natureza como um ecossistema, em que se enfatiza a dimensão da solidariedade e de responsabilidade nas relações; (iii) o reconhecimento da natureza como propriedade comunitária; (iv) o reconhecimento de novos direitos ambientais baseados nos ecossistemas; e, por fim, (v) o desenvolvimento de instrumentos de planejamento e de gestão para uma gestão dos ecossistemas complexos, ponto em que se destaca a consideração do elemento do risco para a sua moderna organização.⁵⁹⁷

Dessas formas específicas, ressalta-se, primeiramente, a vinculação da Comunidade a princípios que convergem para uma tutela o mais plena possível do interesse de preservação da qualidade ambiental, sobretudo a partir da década de 70 do século passado. Deve-se registrar que, seja no plano interno, seja no internacional, a Comunidade desmultiplica-se em atuações com incidência, direta ou indireta, no plano ambiental, sendo certo que, não só este conceito é concebido de forma ampla (que abrange a qualidade dos bens ambientais, a saúde pública, como também a ambígua noção de qualidade de vida), como a maior fatia de intervenções ambientais no plano interno é motivada por questões relacionadas com a preservação das condições de livre concorrência entre as empresas dos Estados-membros.⁵⁹⁸ Trata-se de um indício de que a necessidade de assegurar um nível de proteção dos bens ambientais que satisfaça as exigências presentes sem frustrar as expectativas das gerações futuras é um desígnio que, num espaço comunitário em expansão, as economias menos desenvolvidas, sedentas de progresso e do aumento do nível de bem-estar das populações, ganha um relevo acrescido.⁵⁹⁹

Em segundo lugar, partindo do pensamento de BROOKS, surge a dificuldade em compreender quais são, como se comportam, qual o conteúdo e como devem ser realizados os novos direitos ambientais. Tais direitos seriam, conforme o autor, resultados de *valores públicos em mutação*, cujo atributo fundamental é reconhecer o poder de reivindicação das

⁵⁹⁷ Apud MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 203-204.

⁵⁹⁸ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007, p. 65.

⁵⁹⁹ Ibid., p. 66.

minorias em torno de um *valor intrínseco da natureza humana*. Tais direitos não se posicionam isoladamente, mas em constante relação, cuja qualidade é a *interdependência*, não apenas com indivíduos, mas perante e no *quadro ecossistêmico*. Dirigem-se à proteção de recursos naturais e são parcialmente reivindicações explícitas de proteção contra riscos, mais do que aparentes remédios invocados para certos e específicos danos, como também *direito de contribuição*, que exigem certos deveres também por parte dos detentores desses direitos.⁶⁰⁰

Tendo como premissa essa concepção ampla e relacional, AGUIAR COIMBRA chega a definir o ambiente como “*ecossistemas naturais e sociais*”, antecipando, portanto, o conceito de “*desenvolvimento sustentável*”, consagrado na atualidade em diferentes textos normativos nacionais e internacionais.⁶⁰¹ O termo “*ecossistema social*” inova no sentido de realçar o aspecto sistêmico do conceito de ambiente, que passa a ser, a partir de uma visão holística, produto das relações sociais, ensejando que as principais declarações internacionais sobre o ambiente sempre levem em consideração a necessidade de um desenvolvimento econômico sustentável, visto que ambiente e desenvolvimento estão inevitavelmente interligados. Em outras palavras, o ambiente não pode ser protegido se o crescimento não leva em conta as consequências da destruição ambiental. Esses problemas não podem ser tratados separadamente por instituições e políticas fragmentadas. Eles fazem parte de um sistema complexo de causa e efeito.⁶⁰²

Nesse sentido, o Direito Ambiental somente pode ser concebido a partir de uma compreensão sistêmica da realidade em que incide. Deve ser considerado o conjunto de sistemas inter-relacionados, como o suporte da vida humana e sua interação com organismos naturais, a partir de uma retroalimentação contínua.⁶⁰³ No contexto de uma sociedade de risco e de uma consequente crise ecológica, o ambiente, portanto, assume um notório aspecto sistêmico e relacional. Tal aspecto pode e deve ser considerado pelos demais ramos da ciência jurídica, tendentes a elaborar mecanismos para a proteção da natureza, a qual passa a não ser retratada apenas e necessariamente a partir de referentes antropológicos, exigindo-se, como se verá adiante, um equilíbrio entre o ecocentrismo e o antropocentrismo, radicalmente considerados, a fim de que se busque uma concepção

⁶⁰⁰ Apud MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 204-205.

⁶⁰¹ Apud MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000, p. 52 e ss.

⁶⁰² BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito ambiental*. 12ª ed. 3ª Tiragem. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 24-25.

⁶⁰³ MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de derecho ambiental*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi Ed., 2003, p. 21 e ss.

intermediária, capaz de fornecer sólidos subsídios para uma análise crítica dos fundamentos e critérios de legitimidade dos demais subsistemas sociais destinados à proteção ambiental, dentre eles, o direito penal.

No contexto jurídico-penal, essas reflexões conceituais sobre o ambiente ganham coloridos peculiares, sobretudo em um momento em que a dogmática penal se desdobra para atender aos novos problemas sociais, científicos e tecnológicos, pautada por uma política criminal científica, através de um contínuo processo de reformas.⁶⁰⁴ E o ponto de partida para qualquer trabalho dogmático, segundo SCHÜNEMANN, consiste em avaliar os *princípios normativos*, que não podem ser embasados em expressões ontológicas, visto que as *circunstâncias empíricas* passam a desempenhar cada vez mais o papel fundamental no desenvolvimento concretizador destes princípios.⁶⁰⁵

Logo, diante de uma análise sobre a capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico em conferir legitimidade às incriminações ambientais, que como visto, oscila entre autores que limitam o bem jurídico a referenciais antropológicos e aqueles que utilizam de bases essencialmente normativas para conferir-lhe magnitude e relevância, o debate sobre os limites entre o ontologismo e o normativismo na dogmática penal dos dias atuais ganha relevo e importância, principalmente se o escopo é a formulação de um conceito crítico que consiga se tornar um referencial de legitimidade. A temática mereceria uma análise aprofundada, porém, mercê dos limites desta investigação e do objetivo inicialmente traçado, convém apenas abordar, sinteticamente, os principais aspectos e vertentes teóricas que direta ou indiretamente tangenciam o tema, dando ensejo a uma gama de hipóteses investigativas para futuras pesquisas.

4.3 Limites entre o ontologismo e o normativismo no direito penal ambiental

O direito é uma construção social, cuja função é a de regular a vida dos seres humanos. Partindo-se de uma perspectiva democrática, a função do direito penal é a de proteger interesses reais dos cidadãos e não somente normas jurídicas, de modo que os

⁶⁰⁴ Nesse sentido, ver o panorama traçado por ROXIN no que se refere às questões do direito penal do futuro, ROXIN, Claus. *La teoría do delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007, p. 3 e ss.

⁶⁰⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, RBCCRIM, ano 11, jul.-set, 2003, p. 29.

bens jurídico-penais não de ser entendidos como uma concreção desses interesses, sejam eles individuais, como os direitos humanos básicos, sejam eles supraindividuais ou mediados por instituições.⁶⁰⁶

Nesse sentido, no quadro pós-finalista, enquanto ROXIN se desvincula de uma dogmática de exigências ontológicas para baseá-la em postulados político-criminais, com uma atribuição às penas e às medidas de segurança de uma função de proteção de bens jurídicos,⁶⁰⁷ JAKOBS rechaça a tese da subsistência dos bens jurídicos em si mesmos, pois todo bem jurídico necessita para realizar as potencialidades nele contidas de uma série de condições acompanhantes, sendo que atualmente já não se tem por pressuposto que essas condições concorram, nem tampouco que seja um destino iniludível. O ambiente, por exemplo, como já realçado, enquanto um suposto bem jurídico, apresenta essa dificuldade, visto que o ambiente “intacto” não é evidentemente um estado natural, mas o resultado de certas decisões sociais, de modo que quem quiser orientar-se deverá observar a vigência das normas que configuram essas decisões.⁶⁰⁸

Tais enfoques normativistas, em contraposição ao ontologismo característico do finalismo, passam a ser aceitos de forma crescente nos últimos quarenta anos, não obstante o mérito histórico-evolutivo do pensamento de WELZEL, que se tornou, ao menos, questionável na atualidade. Na realidade, o ontologismo finalista torna-se insuficiente como método jurídico-penal, pois parte de um objetivismo essencialista que desconhece que os conceitos não são puros reflexos necessários da realidade, e sim, construções humanas baseadas no consenso social variável.⁶⁰⁹

Por outro lado, o normativismo radical de JAKOBS não está imune a críticas. A neutralidade axiológica do pensamento de JAKOBS permite a assunção implícita dos valores correspondentes a grupos sociais hegemônicos, vez que não é possível outorgar uma única

⁶⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 24. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012.

⁶⁰⁷ Segundo ROXIN, trata-se de um erro fundamental pensar que a estrutura ontológica abstrata fixa limites ao legislador ou à interpretação judicial, existindo, na realidade, um vínculo limitado em dados culturais e sociais, como o próprio finalismo já propunha, mas, vínculos estes traduzidos pelo reconhecimento dos direitos invioláveis do homem e seu direito de liberdade, entendidos como axiomas normativos, conforme o desenvolvimento do direito atual, ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*, *RBCCRIM*, ano 15, n. 65, mar.-abr, 2007, p. 23.

⁶⁰⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Estudos de direito penal. V. 6. Barueri-SP: Manole, 2003, p. 26.

⁶⁰⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 362.

valoração ou interpretação aos fenômenos sociais, pois isto depende da posição de quem enuncia tal interpretação. A tese normativista radical pretende, com base em tal enfoque, a supressão do político, a eliminação de qualquer espaço de discrepância de valores e de qualquer conflito que não corresponda com as expectativas, depreciando-se inevitavelmente, a própria ideia de democracia.⁶¹⁰

Apesar das críticas que lhe são dirigidas, o grande mérito do funcionalismo sistêmico de JAKOBS foi proporcionar um método de análise com duas qualidades básicas: (i) é dinâmico; (ii) adota um referente distinto do indivíduo, que é o sistema social em seu conjunto, o que não significa que se prescindia do aspecto individual.⁶¹¹ Isso porque não se pode prescindir do indivíduo, pois se o juízo de valor positivo emitido pelo legislador constitui formalmente o bem jurídico, enquanto fixa qual parcela concreta da realidade social se converte em objeto de proteção penal, tal ato de valoração não pode ser arbitrário, devendo estar em consonância com as valorações próprias dos cidadãos, porque o legislador não está legitimado a estender o âmbito de proteção mais além do que fora demandado.⁶¹²

De certo modo, essa posição do indivíduo na sociedade foi uma das premissas do próprio WELZEL, ao realçar que o cidadão não é um ente abstrato, senão concretos indivíduos que buscam a satisfação de seus próprios interesses e metas individuais, com toda a pluralidade de matizes que ele comporta em seus juízos de valor.⁶¹³ Aliás, é com esse pressuposto que WELZEL, em um primeiro momento, desenvolve um sistema de bens jurídicos de grande transcendência, introduzindo no sistema uma dinâmica e uma funcionalidade, cujo fim seria a realização de uma série de funções vitais para o desenvolvimento da sociedade, de modo que todos os bens jurídicos situam-se uns frente aos outros, em intercâmbio recíproco, ou seja, mostrando-se em função vital, a qual só é verificada desde que venham a cumprir, na essência, sua missão como bens da vida social.⁶¹⁴

⁶¹⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. Cuadernos de Política Criminal, n. 39, Madrid, Edersa Ed., 1989, p. 80.

⁶¹¹ SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos*, ADPCP, tomo LVIII, fasc. III, septiembre-diciembre, 2005, p. 892.

⁶¹² Ibid., p. 895-896.

⁶¹³ Ibid., p. 896.

⁶¹⁴ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 121-122.

Ocorre que não basta a intenção de cada sujeito, reconhecido ontologicamente, pois junto ao *plano fático* há que se reconhecer o papel decisivo do *plano normativo*, ensejando, desse modo, a necessidade de uma base empírica que possa condicionar o direito penal, devendo ser respeitados os condicionamentos da realidade, de modo a permitir que os princípios normativos do direito penal possam influir adequadamente na realidade.⁶¹⁵

Nesse aspecto, com notório fundamento finalista, GRACIA MARTÍN complementa que o ponto de vista necessário e obrigatório do discurso da modernização teria que ser o axioma de cunho normativo, mas sem dúvida de base ontológica, cujo enunciado é que, *prima facie*, a missão do direito penal é contribuir com seus meios específicos para o *fomento dos valores ético-sociais elementares* de referência para os sistemas materiais de ação social, cujo fundamento, bem como sua pretensão de respeito, encontra-se no contrato social, e, por meio dele, a proteção de bens jurídicos como fim último ao que deve necessariamente orientar-se aquela missão.⁶¹⁶

Nessa linha, como destaca ALCÁCER GUIRAO, uma noção material de bem jurídico obriga ao legislador a concretizar os interesses suscetíveis de lesão, no seio das relações sociais, indagando acerca das necessidades essenciais para os participantes do tráfico social, e não no reino platônico do espiritual.⁶¹⁷ Portanto, o “dano” inerente ao delito não poderia ser entendido como algo fático, material, sensível, e sim, há de conceber-se como um dano imaterial, pertencente ao âmbito do comunicativo.⁶¹⁸

Sob este enfoque, seria possível contemplar valorativamente a sociedade como uma associação baseada na satisfação de interesses pessoais, interpretando-a sociologicamente ou epistemologicamente como um sistema de comunicação, numa espécie de “*individualismo normativo*”.⁶¹⁹ Isso porque a perspectiva de que o direito contempla o bem jurídico (e a sua lesão) não é uma observação naturalística, pertencente ao âmbito do *ser*,

⁶¹⁵ MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 7-8. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012.

⁶¹⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 132.

⁶¹⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 84.

⁶¹⁸ Ibid., p. 91.

⁶¹⁹ Ibid., p. 94-95.

senão desde um processo de decisão normativa, pertencente no âmbito do *dever-ser*. Não estamos no âmbito da natureza, senão no da interpretação de sentido.⁶²⁰

Desse modo, para o desenvolvimento das condições de participação social do indivíduo não somente será necessária a proteção imediata dos bens imediatamente circunscritos à liberdade pessoal, senão, assim mesmo, a proteção mediata deles através da tutela de estágios intermediários da organização social, visto que os bens jurídicos devem ser protegidos em processos sociais judicializados, de modo a garantir as condições dentro das quais o indivíduo pode cumprir com o seu rol na coordenação social de ações. Numa sociedade pluralista e liberal de corte moderno, não se pode apresentar apropriadamente como uma simples soma de direitos individuais de liberdade. São essenciais, nesse contexto, as estruturas de interação social, isto é, as de intercâmbio de bens e de uso coletivo.⁶²¹

Dentro desse contexto, a interpretação sociológica da sociedade, a partir de uma cadeia de decisões normativas pertencentes a um sistema de comunicação, sem, portanto, uma vinculação naturalística necessária, com o escopo de garantir o desenvolvimento das condições mínimas de participação social dos indivíduos, ainda permanece carente de um sólido ponto de partida para todo este trabalho de valoração. Se os bens jurídico-penais, numa perspectiva participativa, devem ser concreções dos interesses reais (diretos ou indiretos) dos indivíduos, que merecem, pela sua importância, a máxima proteção do direito penal, vez que os princípios políticos e político-jurídicos devem permanecer abertos a opiniões de todos, a partir de um consenso democrático,⁶²² a filosofia analítica da linguagem, consoante o escólio de SCHÜNEMANN, poderia contribuir para a construção de parâmetros valorativos, visto que a valoração nunca existe por si mesma, mas sim, em relação a um pressuposto de fato que é valorado, de modo que a tarefa da ciência penal

⁶²⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 103.

⁶²¹ Ibid., p. 113-114; KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 55, p. 68-69.

⁶²² MIR PUIG, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 13. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em: 30 maio 2012; MIR PUIG, Santiago. *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2004, núm. 06-02, p. 7. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2012.

consiste em encontrar os tais pressupostos fáticos aos quais é aplicável a correspondente valoração.⁶²³

A propósito, a filosofia da linguagem, ao contrário do pensamento científico-jurídico tradicional, tem assumido nos últimos anos uma importância ímpar no âmbito da teoria do direito. Com ela, não se pretende fundamentar a legitimidade do direito em uma metafísica natural, em uma metafísica da razão, da liberdade, da vontade ou dos valores, mas colocar em primeiro plano uma legitimação procedimental através do entendimento, vez que razão e racionalidade não são entendidas como categorias apriorísticas, senão como categorias transmitidas através da linguagem e seu uso, como razão comunicativa ou racionalidade comunicativa.⁶²⁴

Nesse contexto, a análise dos discursos sociais assume uma importância peculiar, pois são processos tendentes ao reconhecimento intersubjetivo e ao consenso potencial, nos quais são formuladas pretensões de validade, fundamentadas argumentativamente e, deste modo, realizadas. Trata-se de um ponto de partida metodológico plural capaz de reconstruir o modelo de democracia e de direito e refletir consideravelmente no procedimento legislativo, tendo como paradigma de análise a teoria do bem jurídico, vez que a questão ético-política sobre os fins coletivos perseguidos corresponde-se com a questão dos bens jurídicos a proteger. Nesse sentido, nas palavras de VOGEL:

[...] los bienes jurídicos se muestran como algo hecho discursivamente y en relación a un mundo y una sociedad de configuración previa, aunque también cambiante y modificable; no como algo ontológico previo. Lo mismo vale para el carácter *ultima ratio* del Derecho Penal y, sobre todo, para la ‘coherencia’ del sistema del Derecho Penal, cuya realización es la tarea primordial de los discursos científicos jurídico-penales.⁶²⁵

Nesse sentido, de ver-se que o direito penal embora não seja uma ciência natural, não se pode prescindir absolutamente dos resultados empíricos. Ao contrário, como sustenta BECHARA, o direito penal deve tê-los e deve incorporá-los ao acervo de conhecimentos que configuram a própria linguagem, entendida como a lente através da

⁶²³ SCHÜNEMANN, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, RBCCRIM, ano 11, jul.-set, 2003, p. 25-26. Ver, ainda, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 369-370.

⁶²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la constitución y la metodología jurídica*. In: DONNA, Edgardo Alberto (dir). Obras. Tomo I. Colección autores de derecho penal. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Ed., 2009, p. 85; VOGEL, Joachim. *Legislación penal y ciencia del derecho penal*. Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal, RDPC, 2ª época, n. 11, 2003, p. 255.

⁶²⁵ VOGEL, op. cit., p. 260.

qual se percebe a realidade, cujo significado se deve compreender.⁶²⁶ Sob este enfoque, a teoria do bem jurídico, enquanto categoria jurídica fundamental no processo de legitimação do direito penal, tem aptidão para fazer valer desses elementos empíricos, traduzidos em negociações e discursos introduzidos no procedimento legislativo, não apenas por meio de órgãos institucionais, mas pela camada subpolítica da sociedade, a fim de que possa, através de um síntese ou filtro crítico, estabelecer parâmetros discursivos hábeis ao processo de legitimação das incriminações.⁶²⁷

Dentro deste cenário, vê-se que o ponto de partida do direito penal consistiria, por exemplo, no princípio normativo da ofensividade, que confere infinitamente melhores condições para o desenvolvimento científico e concretização do que um variado catálogo de direitos fundamentais. Não obstante o ponto de partida normativo não possa ser substituído por expressões ontológicas, ele deve ser sempre permeado pelas circunstâncias empíricas, que passam a ter um papel central em seu desenvolvimento.⁶²⁸ E o direito penal regido pelo dogma da ofensividade permite verificar no plano fático a real afetação do bem jurídico (desvalor do resultado), pois não basta comprovar apenas a idoneidade lesiva da conduta (desvalor da ação). Desse modo, condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, podem ser excluídas do âmbito do punível quando se mostram inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado.⁶²⁹

Em suma, a ofensa ao bem jurídico pressupõe um prejuízo causal ao objeto valorado, a partir de uma perspectiva normativa e não naturalística, considerando que o que é relevante não é a lesão do substrato fático, senão seu significado para o interesse do cidadão cuja autonomia permanece em desenvolvimento. É exatamente essa construção do bem jurídico como relação entre a entidade fática e seu sentido para a autonomia da pessoa que permite a “desnormalização” dos critérios de lesividade e a possibilidade de buscar um

⁶²⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 368-369.

⁶²⁷ Nesse aspecto, vê-se que o princípio do discurso exige necessariamente uma ideia de democracia deliberativa, em que o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, de modo que todos os participantes lutam por uma solução política correta. Noutros dizeres, a democracia deliberativa pressupõe a possibilidade de racionalidade discursiva, ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. e Org. Luís Afonso Heck. 3ª ed. Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011, p. 35.

⁶²⁸ BECHARA, op. cit., p. 370.

⁶²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: RT, 2002, p. 106 - (Série as ciências criminais no século XXI; V. 6).

referente empírico, avaliando-o em termos de percepção, para ponderar a lesividade da conduta.⁶³⁰ Desse modo, a lesividade especificamente social acarretará a vulneração da norma por parte do autor, pondo-se em dúvida a vigência fática e validade normativa do ordenamento, gerando desconfiança na autoridade valorativa e no poder coativo do direito, diminuindo, portanto, no respeito às normas por parte de terceiros.⁶³¹

No âmbito do direito penal ambiental, essa conclusão pode permitir resultados significativos e demandas dogmáticas ainda mais instigantes. Considerando os limites desta dissertação, deve ser realçada, ao menos, a necessidade de traduzir esse aporte teórico em elementos mínimos, capazes de fornecer critérios de legitimidade das normas penais destinadas à proteção do ambiente, sem prejuízo de um debate mais extenso e profundo acerca do tema, algo inviável neste estudo.

Defende-se neste trabalho um conceito crítico de bem jurídico, concebido como uma síntese normativa de uma pluralidade de interesses relacionados com a capacidade de cada cidadão em exercer a sua cidadania. Desse modo, os bens jurídicos supraindividuais como o ambiente são passíveis de serem protegidos pelo ordenamento penal, sem a necessidade de referentes antropológicos, mas que estejam relacionados com circunstâncias empíricas, possibilitando, assim, uma via intermediária entre um normativismo puro e as bases essencialmente ontológicas. Protege-se o ambiente não considerando apenas os reflexos naturalísticos de determinada conduta ofensiva, mas também a percepção dos partícipes do sistema social relativa àquela conduta, por meio de relações linguísticas.

Se for estabelecida como premissa a ideia de um “*ecossistema social*”, calcada sobre os fundamentos de um “*antropocentrismo alargado*”, a realçar o aspecto sistêmico do conceito de ambiente, concebido como produto de determinadas relações sociais e, portanto, não necessariamente visualizado empiricamente ou materializado em interesses diretos da pessoa humana, torna-se produtora a construção de uma diretriz acerca do *bem jurídico ambiental*, podendo ser traduzido no *equilíbrio* deste *ecossistema social*, isto é, o *equilíbrio ecossistêmico*, possível de ser avaliado a partir de uma ponderação de uma ordem de valores ambientais fomentada por todos os partícipes presentes no sistema social.

⁶³⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 132.

⁶³¹ Ibid., 145-146.

Vê-se, portanto, que se trata não de noção taxativa e fechada, mas em constante mutação, permanecendo aberta às contingências sociais.⁶³²

A noção de *equilíbrio* assume notória importância no processo de clarificação do bem jurídico ambiental para fins de proteção penal, visto ser uma situação desejável, na qual se impera a conciliação entre os direitos do homem e seus deveres para com os seus semelhantes.⁶³³ Faz-se imperioso, portanto, que se analisem oportunamente as modalidades de reparação dos danos ecológicos, que são, frise-se, elementos de insegurança social, com vistas a uma ponderação sobre a necessidade da tutela pelas vias do direito penal ou, quando suficientes, por outros ramos do direito. Desse modo, mais importante do que a agressão à natureza naturalisticamente verificada é a privação, imposta à coletividade, do *equilíbrio ecossistêmico*, ou seja, do bem-estar e da qualidade de vida que os recursos ambientais eventualmente agredidos proporcionam.

Os danos ecológicos aqui referidos são, em verdade, todos aqueles que, por via de ofensa ao ambiente e a componentes ambientais legalmente protegidos, mostram-se aptos a provocar graves *desequilíbrios ecológicos*.⁶³⁴ Contudo, dada a impossibilidade de se desgarrar de um contexto empírico, pois o que se pretende não é uma concepção radicalmente normativa, ao revés, busca-se também uma concepção que encontre lastro na realidade, é preciso a visualização de uma ponte entre o empírico e o normativo, isto é, entre o ambiente naturalístico e o ambiente valorativo, e tal ponte somente é possível via o postulado da ofensividade. Tal princípio irá permitir o uso da teoria do bem jurídico enquanto padrão crítico e critério de legitimidade não somente pelo legislador, ao elaborar leis penais destinadas a proteção do ambiente, mas ao juiz, no caso concreto, pois terá o instrumento necessário para avaliar o grau de afetação ao bem jurídico ambiental decorrente de uma conduta típica, levando-se em conta, segundo o modelo aqui defendido, não apenas a ofensa ao ambiente materializável, mas toda a ordem de valores ambientais

⁶³² Conclusão próxima a aqui defendida é a de que o bem jurídico protegido pelo direito penal ambiental é aquela que o compreende como sinônimo de *ecossistema*, isto é, o equilíbrio dos ciclos naturais como sendo o bem jurídico passível de tutela penal neste campo. Tal definição ajudaria a determinar se um comportamento deve ser considerado punível, ficando mais fácil a determinação dos bens ou interesses que estão na base do ambiente, FIGUEIREDO, Guilherme Gôuveia. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*. (Des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 184.

⁶³³ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 18ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 360-361.

⁶³⁴ BARROS, Miguel Carlos de; PEREIRA COUTINHO, Cunha. *Tutela do dano ambiental em Portugal: da responsabilidade civil à lei de ação popular*. In: Anais da VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente, Florianópolis/SC, Brasil, p. 844.

disseminada no sistema social. Possibilita-se, desse modo, uma racionalização das leis penais voltadas à proteção ambiental a partir da realidade empírica, permitindo aferir a adequação da intervenção do direito penal como meio de controle social neste âmbito, bem como avaliar possíveis consequências acessórias indesejadas da punição de condutas que afetem bens jurídicos ambientais.

Em outras palavras, a problemática em torno do bem jurídico ambiental não se concentra apenas na verificação da sua existência, pois apesar das dificuldades em se determinar o bem jurídico passível de proteção em alguns crimes ambientais (como, por exemplo, no art. 32 da Lei 9.605/98 - crime de maus-tratos a animais), na grande maioria dos delitos contra o ambiente, o que certamente causa maiores celeumas é a análise da afetação a esse bem jurídico. Por isso, além de um enfoque sobre a acepção (crítica) dos bens jurídicos ambientais, resta ainda, mesmo que de maneira panorâmica, visualizar como esse enfrentamento crítico-reflexivo possibilita uma análise mais racional sobre a ofensividade desse bem no plano fático, sendo que a relação de ofensividade entre a conduta e o bem jurídico ambiental, associada a outros princípios de garantia do direito penal, passa a ser certamente um critério adicional de legitimidade do direito penal na proteção do ambiente.

4.4 O princípio normativo da ofensividade: limites à proteção penal do ambiente

Conforme defendido nesta investigação, o bem jurídico tem aptidão para sintetizar normativamente determinadas relações sociais de forma concreta, necessária e dialética, considerando, para tanto, os diferentes condicionamentos sociais e econômicos que provocam uma determinada conduta. No contexto ambiental, portanto, tal raciocínio pode revelar instrumentos mais adequados na análise da legitimidade do direito penal neste âmbito, ao contrário de um posicionamento estritamente antropológico, visto que o bem jurídico tem aptidão para identificar a relação social concreta que se quer proteger, sem necessariamente estar vinculado à pessoa humana individualmente considerada. Verifica-se, na realidade, como já realçado neste capítulo, a necessidade de uma via intermediária entre uma visão normativa radical e um enfoque estritamente ontológico, isto é, entre uma visão ecocêntrica exacerbada, sem qualquer respaldo no plano empírico, e uma acepção

vinculada tão somente ao mundo naturalístico, sem considerar a ordem de valores ambientais que compõem a dinâmica do sistema social.

Se o bem jurídico possui, pois, essa capacidade de plasmar o complexo social, tornando, como propõe BUSTOS RAMÍREZ, um princípio garantidor, ao permitir que toda sociedade e todos os indivíduos determinem o que é passível de proteção,⁶³⁵ tem-se como pertinente a tese de MOCCIA, para quem os bens jurídicos são “situações de valor”, as quais são ofendíveis e tuteláveis, cuja defesa se fundamenta em um direito penal de um Estado social e de direito.⁶³⁶ Não se trata de uma ideia sistemática de valor, absolutamente pré-ada, construída numa chave axiomático-dedutiva, e sim, um sistema aberto, capaz de adaptar-se às contingências concretas da tutela penal, tendo como parâmetro a realidade social.⁶³⁷

Com esses argumentos, é possível realçar o conceito político-criminal do bem jurídico, que ao contrário do conceito dogmático, é capaz de restringir o poder de punitivo do Estado. Enquanto o conceito dogmático consubstancia um caráter indutivo, consistente na constatação, a partir da norma penal, do objeto de tutela, passível de ofensa, o conceito político-criminal possibilita a limitação do poder punitivo estatal, pois, uma vez reconhecido o interesse a ser tutelado pela norma, é esta que modela e permite avaliar, no âmbito normativo, tal interesse, permitindo que não somente o legislador procure elementos que configurem a ofensa ao bem jurídico, mas também, o próprio intérprete da lei.⁶³⁸

Tem-se, portanto, que no plano dogmático (interpretativo) e aplicativo da lei penal, o princípio da ofensividade assume uma natureza material e garantista, pois constata, *ex post factum*, a concreta presença de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido, principalmente em hipóteses em que o legislador não delineou o tipo

⁶³⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1994, p. 80-81.

⁶³⁶ MOCCIA, Sergio. *EL derecho penal entre ser y valor*. Función de la pena y sistemática teleológica. Traducción de Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F Ed., 2008, p. 183-184.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 184.

⁶³⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 142. É a chamada “dupla influência” do princípio da ofensividade: de uma parte sobre o legislador, quem elege o bem jurídico a tutelar; por outra parte, sobre o juiz, quem não pode se conformar com a subsunção formal da conduta com o comportamento descrito pela norma, senão que terá de comprovar que tal comportamento lesionou ou pôs em perigo o bem jurídico protegido pela norma, e não sendo assim, deve ser declarada a atipicidade da conduta, AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999, p. 202.

penal em termos ofensivos.⁶³⁹ Nesse particular, verifica-se que o princípio da ofensividade e a teoria do bem jurídico cumprem funções complementares na complexa tarefa de legitimar o poder punitivo estatal.⁶⁴⁰

Ocorre que ao posicionar-se no sentido de que os bens jurídicos estão em função das bases de existência ou do funcionamento de um sistema democrático de relações sociais, ou seja, de vínculos entre pessoas realizadas em condições de liberdade e dignidade, ensejando, portanto, a reordenação dos bens jurídicos, a partir de novas entidades difusas e desmaterializadas, é preciso considerar uma realidade normativa em face dos novos interesses sociais, sendo que a análise da ofensividade de condutas que afetem esses interesses também deve ser normativa.

Se o direito penal é um elemento de mediação de valores para a afirmação de outros valores, as linhas que possibilitam essa mediação devem, necessariamente, ancorar em realidades normativas com um mínimo de consistência axiológica e prática-normativa.⁶⁴¹ E quando se cumpre um programa de um direito penal de um Estado Democrático de Direito, exige-se que se verifique sempre o momento da ofensividade ao bem jurídico tutelado, traduzido no *dano* ou um interesse socialmente relevante, provocado por uma ação desvaliosa,⁶⁴² pois o *princípio da ofensividade* é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito

⁶³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: RT, 2002, p. 99 - (Série as ciências criminais no século XXI; V. 6).

⁶⁴⁰ Sobre a importância do princípio da ofensividade enquanto vetor interpretativo e de aplicação da lei penal, vide recente discussão no STF sobre a importância do princípio, visto que tem capacidade de conferir limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis penais em matéria penal, cf. HC 104.410/RS, Min. Relator Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 06.03.2012.

⁶⁴¹ FARIA COSTA, José. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, p. 245.

⁶⁴² Há quem aponte diferenças entre *lesividade* e *ofensividade*. A primeira versaria unicamente quanto ao fato de como deve ser entendida a proteção ofertada e a segunda seria a de uma exclusiva proteção de bens jurídicos, mostrando-se informador do conteúdo material do tipo. Nesse sentido, frise-se que *lesividade* não seria sinônimo de *dano* ao bem jurídico protegido, mas somente uma *afetação*, que diz respeito a uma colocação em perigo. Enquanto o *dano* sugere uma percepção naturalística do mundo, a *lesividade* diz respeito ao próprio conceito de bem jurídico. Daí a percepção de que em situações abstratas a carência de *lesividade* seria patente. Isso demonstra que a análise procedida na verificação de um injusto típico em um momento “*ex ante*” há de ser completada em um momento “*ex post*”, com a comprovação da *lesividade*, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 161 e ss.

penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao Estado Democrático.⁶⁴³

A partir do critério da *ofensividade*, é possível verificar que toda previsão legislativa é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade (*Jure Condendo*), mas, do mesmo modo, orienta o intérprete no trabalho de concreção da norma, de acordo com o critério da exigência de ofensividade de determinada conduta (*Jure Conducto*).⁶⁴⁴

No âmbito do direito penal secundário, a necessidade de atenção a ser dispensada à exigência constitucional de ofensividade aumenta significativamente em razão das particularidades que envolvem os bens jurídico-penais tutelados, principalmente, os supraindividuais, de maior complexidade, por ensejar uma forte tendência normativa e uma forma de tutela muitas vezes através de crimes de perigo abstrato. Esse fato possibilita, ainda, a discussão sobre os concretos limites da ofensividade, haja vista a forma de incriminação antecipada de comportamentos relacionados a bens jurídicos supraindividuais.

Portanto, quando se parte da premissa que os bens jurídicos estão aptos a sintetizar normativamente as relações sociais dialéticas entre os indivíduos, é preciso um instrumento que viabilize a ponderação dos interesses e expectativas sociais, sobretudo em esferas desmaterializadas, como se verifica na seara ambiental. A relevância jurídico-penal do comportamento em termos de gravidade da afetação do bem jurídico protegido, numa perspectiva normativa, e não naturalística, pode colaborar para um exame da tutela eleita pelo legislador para a tipificação do fato, bem como pode facilitar o plano hermenêutico-aplicativo em que se insere o julgador.

Isso porque, além de se extrair a *norma de conduta* (o enunciado típico) é necessário valorar a *norma de sanção* (como o juiz deve sancionar quem violar a norma de conduta), que possui, em verdade, duas dimensões: (i) *valorativa*, vez que toda norma existe em função de um valor, ou seja, de um interesse ou bem que o legislador valorou

⁶⁴³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 68.

⁶⁴⁴ Ibid., p. 70-71; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 49.

positivamente e quer proteger e (ii) *imperativa*, pois a norma cria uma pauta de conduta e exige de todos que se comportem de acordo com a pauta estabelecida.⁶⁴⁵

Nesse sentido, vê-se que a definição do injusto penal parte também de uma infração da dimensão valorativa da norma, o que no contexto das ideias desenvolvidas neste trabalho, assume uma importância notável. Configurando um verdadeiro sistema de valoração, em detrimento de uma função exclusivamente imperativa da norma, o princípio da ofensividade tende a ocupar posição nuclear no sistema penal, tornando-se o baricentro do código penal, pois permite ao juiz descobrir, depois de verificada a subsunção formal da conduta à letra da lei, se o bem jurídico foi concretamente afetado.⁶⁴⁶

No âmbito do direito penal ambiental brasileiro, com a aceção de que a proteção do bem jurídico ambiente materializa-se no *equilíbrio ecossistêmico*, permite-se ao juiz, no plano fático, estabelecer um juízo valorativo das normas de sanção no contexto da Lei 9.605/98, podendo o magistrado avaliar se e em que medida os interesses ou bens ambientais anteriormente valorados pelo legislador foram violados pela conduta típica, a ponto de comprometer o almejado *equilíbrio*.

Alguns exemplos de tipos penais e institutos dogmáticos apontam como essa função metodológica e racional do princípio da ofensividade, enquanto postulado complementar a função crítica exercida pela teoria do bem jurídico, pode contribuir para legitimar a punição de determinadas condutas que, em tese, ofendem o ambiente. Um exemplo emblemático está descrito no art. 32 da Lei Brasileira de Crimes Ambientais (Lei 9.032/98), que prevê o delito de maus-tratos a animais, cujo bem jurídico é impropriamente o ambiente, pois, segundo a ampla discussão doutrinária sobre o tema, o bem jurídico, neste caso, viria a ser o legítimo sentimento de humanidade (piedade, compaixão ou benevolência) de que é portadora a sociedade diante de atos dessa natureza, tendo em vista que constitui dever de todo ser humano respeitar aos demais seres vivos.⁶⁴⁷

⁶⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: RT, 2002, p. 102 - (Série as ciências criminais no século XXI; V. 6).

⁶⁴⁶ Ibid., p. 103; MANTOVANI, Fernando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 2, v. 40, 1997, p. 313 e ss.

⁶⁴⁷ REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009, p. 176. Nesse aspecto, verifica-se a confusão inevitável entre direito e moral, pois se desenvolve, principalmente a partir do século XX, o entendimento de que a saúde e o bem-estar dos animais são autênticos objetos de proteção no delito de maus-tratos, relacionando-se tais valores a um interesse moral da sociedade. Afastou-se, portanto, de uma teoria da lesão a direitos subjetivos, consoante os postulados de FEUERBACH, para se

Além do mais, os substratos desenvolvidos neste estudo permitem enfrentar à complexa discussão sobre os *delitos por acumulação*, ao menos para ponderar o modo como a teoria do bem jurídico e o postulado da ofensividade podem contribuir para uma análise crítica acerca da legitimidade dos delitos cumulativos na seara ambiental.

Essas problemáticas são enfrentadas a seguir.

4.5 Problemáticas atuais

4.5.1 Maus-tratos a animais

A complexidade que circunscreve o art. 32 da Lei 9.605/98 está na delimitação do bem jurídico passível de tutela pelo direito penal.⁶⁴⁸ Protegem-se os sentimentos coletivos relacionados à revolta ou a demandas apaixonadas dos movimentos ambientalistas, não importando o dano efetivamente sofrido pelo animal? Ou se protege o próprio animal e seus valores intrínsecos, numa perspectiva flagrantemente ecocêntrica? Ou o tipo penal de crueldade com animais seria uma prova da necessidade de se expandir o conceito de bem jurídico ou uma exceção à teoria, sendo um crime sem bem jurídico? Afinal, o tipo penal de crueldade com animais caracteriza um delito ambiental?

São questionamentos que demandam reflexões sobre qual o conceito de bem jurídico mais apto a conferir maior racionalidade na interpretação deste tipo penal. Enquanto há autores que defendem a proteção penal aos animais em função de si mesmos,

afirmar a existência de um dever das pessoas contra si mesmas, de um dever de humanidade, de manifestar clemência e compaixão para com os animais, de modo que a crueldade com animais, em casos escandalosos, simbolizava uma possível colocação em perigo da ordem moral como um todo, GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. Revista *Liberdades*, n. 3, jan.-abr, 2010, p. 48-49; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 330.

⁶⁴⁸ Art. 32 da Lei 9.605/98: *Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa*. Registre-se que diversas legislações têm inserido, recentemente, figuras típicas protetivas dos animais, sobretudo a partir do último terço do século XX. Na Alemanha, por exemplo, tem-se o delito de crueldade com animais, tipificado no § 17 da Lei de Proteção aos Animais (*Tierschutzgesetz*). Na Espanha, a partir da reforma de 25 de novembro de 2003, introduziu-se o crime de maus-tratos a animais no art. 337 do Código Penal. Na Itália, a reforma realizada em 20 de julho de 2004 introduziu no Código Penal o Título IX Bis, “Dos delitos contra o sentimento pelos animais, BECHARA, op. cit., p. 328-329.

isto é, segundo o valor intrínseco a cada animal,⁶⁴⁹ outra corrente busca utilizar o conceito crítico de bem jurídico, na busca de um instrumento racional de legitimação desses delitos.

Se o bem jurídico possui a capacidade de sintetizar (normativamente) interesses sociais, e se o ambiente pode ser considerado como *macrobem*, a partir de uma visão holística e inter-relacional, é necessário considerar a gama de valores e interesses humanos sobre a qualidade de vida dos animais e o *equilíbrio ecossistêmico*. Como pondera BECHARA, o homem é o único ser capaz de valorar sobre o que deve e merece ser protegido, de modo que o objeto de tutela deve ser socialmente definido,⁶⁵⁰ o que permite afirmar que a fisionomia do bem jurídico a ser protegido por meio do art. 32 da Lei 9.605/98 está a depender da valoração que se faça desses interesses ou discursos sociais em relação à vida dos animais, o que pode e deve ser ponderado pelo juiz no caso concreto através do princípio da ofensividade, permitindo aferir a necessidade de proteger tais bens por meio do direito penal.

Neste caso, o princípio da ofensividade permite analisar uma eventual afetação no caso concreto ao bem jurídico protegido no art. 32 da Lei 9.605/98. A partir de uma hipotética violência física a um animal, visualizada naturalisticamente, torna-se imprescindível também uma ponte com o plano normativo, valorando os interesses e as expectativas sociais sobre as condições de vida dos animais, concebendo-os, neste caso, como partes integrantes do ambiente natural. A afetação do bem jurídico nesta hipótese importa em uma análise normativa, não podendo a ofensa ser compreendida como simplesmente um dano ou destruição no sentido naturalístico.

Não obstante a patente dificuldade em se verificar a fisionomia de um bem jurídico ambiental nesse delito, tem-se que a teoria do bem jurídico aliada ao postulado da ofensividade permite racionalizar o processo de incriminação, sobretudo *ex post*, momento em que o juiz tem instrumentos dogmáticos e político-criminais para estabelecer com segurança o objeto a ser protegido.⁶⁵¹ Noutras palavras, como sintetiza MANES, a ofensividade, como critério capaz de significar o coeficiente de determinação no caso

⁶⁴⁹ No Brasil, e com sólidas referências bibliográficas, cf. GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. Revista *Liberdades*, n. 3, jan.-abr, 2010, p. 53 e ss.

⁶⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 333-334.

⁶⁵¹ O tema ganha importância, mormente pelo teor do atual projeto de reforma do Código Penal que pretende aumentar a pena do crime de abuso de animais para 1 (um) a 4 (quatro) anos, criando, ainda, o tipo penal de abandono de animais. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>. Acesso em: 22 set. 2011.

concreto, torna, indiretamente, uma função de garantia à norma penal, dado o equilíbrio em termos de racionalidade e igualdade, pois circunscreve, ao mesmo tempo, um padrão de relevância para um mais definido núcleo de ofensa significativa, permitindo, assim, promover um melhor balanceamento em termos de racionalidade e proporcionalidade.⁶⁵²

Convém adicionar, por oportuno, que próximo ao delito de maus-tratos a animais, tem-se o crime de caça a animais silvestres, previsto no art. 29 da Lei 9.605/98. Tem-se um desafio semelhante, pois a fim de aferir em quais hipóteses o bem jurídico ambiental restaria violado, ou seja, quando a conduta típica poderia afetar o *equilíbrio ecossistêmico*, imperiosa é a análise, nesses casos, sobre em quais modalidades de caça o bem jurídico seria ofendido. Isso porque além da *caça de subsistência*, cuja finalidade é o abate do animal para a alimentação e sustento da família, outras modalidades podem ser citadas, como a *caça profissional*, praticada visando auferir lucros; as *caças amadoristas* ou *esportivas*, praticadas por desporto, organizadas principalmente por clubes ou sociedades amadoristas de caça; *caça científica*, onde se permite a coleta de material, utilização e constatação de substâncias provenientes dos animais selvagens por instituições científicas; *caça de controle*, que é a retirada de animais em decorrência de algum prejuízo de um bem jurídico considerado mais relevante, como a saúde pública e a sobrevivência de outra espécie.⁶⁵³

A título de exemplo, discutiu-se sobre a caça amadora ou esportiva no Brasil, regulamentada apenas no Estado do Rio Grande do Sul,⁶⁵⁴ mercê das peculiaridades regionais que comportam o exercício desta modalidade venatória. Ocorre que em 2004, a Organização não Governamental “União Pela Vida” propôs uma Ação Civil Pública contra o IBAMA e a Federação Gaúcha de Caça e Tiro na Vara Federal Ambiental e Agrária de Porto Alegre.⁶⁵⁵ Em junho de 2005, foi proferida sentença em primeira instância reconhecendo que a caça amadorista não podia ser liberada, pois não tinha *finalidade*

⁶⁵² MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Canone di política criminale, criterio ermeneutico, parâmetro di ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 240. A propósito, dada a importância do princípio em tela, o projeto preliminar de reforma do código penal italiano incluiu o postulado no item “aplicação das leis penais”, como critério hermenêutico, na tentativa de superar as excessivas tensões com o princípio da legalidade, *ibid.*, p. 273.

⁶⁵³ NEVES GODINHO, Helena Telino. *A tolerabilidade do dano ambiental na sociedade de risco: visões sobre a atividade cinegética no Brasil e em Portugal*. In: Anais da VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente, Florianópolis/SC, Brasil, p. 509.

⁶⁵⁴ Lei estadual nº 10.056/94, de 10 de janeiro, que dispõe sobre a autorização da caça amadorística no território do estado do Rio Grande do Sul e Decreto estadual nº 35.194/94, de 18 de abril.

⁶⁵⁵ ACP nº 2004.71.00.021481-2/RS (Tribunal Regional Federal da 4ª Região), acompanhamento disponível em www.trf4.gov.br.

socialmente relevante. A decisão esclarecia que somente as caças científicas e de controle poderiam ser autorizadas no Estado, além de suscitar inúmeras dúvidas sobre a eficácia do processo de licenciamento, da fiscalização e dos estudos para preservação das espécies cinegéticas e de seu *habitat* no Rio Grande do Sul.

Contudo, ao analisar o recurso do IBAMA e da Federação Gaúcha de Caça e Tiro, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região acabou por liberar a caça amadorista, considerando que ficou demonstrado o rigoroso controle ambiental e a efetiva preservação ambiental da fauna. Houve, em verdade, na esfera judicial, uma ponderação entre o lazer, a tradição e o bem jurídico ambiental constituído, nesse caso, pelos espécimes, conferindo preponderância a um deles, em detrimento de outro. Todavia, poderia ter sido avaliado em que medida a caça amadorista faz parte da tradição do povo gaúcho e do povo brasileiro. Se tal atividade é praticada esporadicamente por um grupo cada vez mais restrito de pessoas, tem-se que a tradição e os hábitos não devem ser incentivados, não servindo, inclusive, como critério de ponderação, não podendo, assim, prevalecer sobre os interesses ecológicos.

Essa ponderação no âmbito do direito ambiental pode ser transporta para o direito penal. A análise sobre a ofensividade do bem jurídico a permitir, quando necessário, a atuação direito penal, é imprescindível, pois, ao vedar a caça sob qualquer pretexto, o *equilíbrio ecossistêmico* pode restar comprometido, vez que em determinadas situações, é evidente a necessidade de realizar a caça de subsistência, a caça de controle, sem falar da caça científica que, devidamente controlada, contribui para o desenvolvimento sustentável, sendo inviável, logicamente, a sua incriminação.

Do mesmo modo, no que se refere ao delito de maus-tratos a animais, essa ponderação poderia legitimar a repressão (não necessariamente penal) de condutas que ao revés de contribuir com o *equilíbrio ecossistêmico*, submetem a animais à crueldade, de forma desnecessária, inútil, injustificável, repugnante, restando patente o desejo mórbido de ver o animal agonizando, como comumente se verifica nos noticiários.

Contudo, ao contrário do delito de caça a animais descrito no art. 29 da Lei 9.605/98, em que é possível visualizar uma ofensa ao *equilíbrio ecossistêmico*, sobretudo quando constatada a realização de *caça profissional* (predatória), com o único fim de obter lucro e a *caça amadorista*, sem interesses culturais ou tradicionais envolvidos, importando em alterações no nível de qualidade do ecossistema, aferível a partir de perícias e técnicas ambientais, o delito de maus-tratos previsto no art. 32 da Lei em comento não permite essa

visualização clara da potencialidade em promover o desequilíbrio do ecossistema, muito embora haja um notório conhecimento de condutas mórbidas promovedoras de um sofrimento gratuito a animais. Nesses casos, há que se analisar se, de fato, não havendo ofensa a bens jurídicos ambientais, tais condutas não poderiam ser tuteladas por outros ramos do direito, em estrita consonância com o princípio da intervenção mínima.

Portanto, de ver-se que, por meio de uma síntese normativa, os aspectos históricos, econômicos, sociais e ambientais associados aos maus-tratos, bem como à caça, podem ser avaliados não apenas pelo legislador, mas também ao juiz, no plano fático, a fim de aferir a relação de ofensividade existente entre a conduta típica e o bem jurídico ambiental traduzido no *equilíbrio ecossistêmico*, permitindo avaliar em quais hipóteses a tutela poderia ser mais produtora por meio de outros ramos do direito.

4.5.2 Delitos por acumulação

O conceito crítico de bem jurídico defendido neste trabalho, aliado aos parâmetros da ofensividade, como função complementar no processo de legitimação das incriminações ambientais, ganha relevo também no âmbito dos *delitos por acumulação* (*Kumulationdelikt*). O tema em si mereceria um apanhado teórico-conceitual mais amplo, com todas as minudências existentes, algo completamente inviável neste estudo. O objetivo, pois, é utilizar a teoria do bem jurídico, nos termos desenvolvidos nesta investigação, considerando, ainda, a importância da *ofensividade*, enquanto cânone hermenêutico-aplicativo, a fim de apontá-los, de forma panorâmica, como instrumentos crítico-reflexivos fundamentais para a análise da legitimidade dos delitos cumulativos, especialmente no campo ambiental.

Os delitos por acumulação ganharam notoriedade a partir dos postulados de KUHLEN, quem emprega pela primeira vez, em 1986, para designar no âmbito dos delitos de perigo abstrato as condutas que se tornam penalmente significativas não isoladamente consideradas, e sim, aquelas que, sem uma proibição sancionatória, seriam realizadas em tal quantidade que levariam à ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.⁶⁵⁶ Tamanha a

⁶⁵⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 03-05, mar., 2010; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de

influência desta tese no âmbito do direito penal ambiental, que alguns autores chegam a afirmar que o efeito acumulativo se converte no *paradigma lesivo* do direito penal do ambiente, considerando, sobretudo, a *prioridade axiológica* em se proteger gerações futuras.⁶⁵⁷

Na realidade, além de ter como pano de fundo a sociedade de risco e todas as implicações sociopolíticas dela decorrentes, a justificação para a incriminação de condutas cumulativas parte também da filosofia moral, especialmente da teoria de FEINBERG, quem, em 1984, formula a clássica questão “*What if everybody did it?*” para referir-se à relevância jurídica dos comportamentos cumulativos, especialmente no campo ambiental, em que os prejuízos cumulativos são paradigmáticos, traçando, entre outros, o seguinte exemplo:

[...] If there were only one automobile allowed to operate in the entire state of California, its exhaust fumes would soon be dissipated and no harm to the ambient air would even be worth mentioning. One hundred cars might begin to threaten the air quality but it is unlikely that they would bring it to the threshold of harmfulness. But somewhere between those minor exhaust emissions and those produced by millions of cars without catalytic converters the threshold of harm is reached.⁶⁵⁸

KUHLEN utilizou desse entendimento para defender que a tipificação dos delitos de acumulação prestaria uma contribuição à solução de problemas de especial transcendência às condições naturais da vida, através da punição de pequenas condutas que são responsáveis, em última análise, à sua constituição.⁶⁵⁹ Dito de outro modo, embora o comportamento concretamente praticado não represente ofensividade aos respectivos bens

Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 256 e ss. KUHLEN trabalha o conceito de acumulação especificamente voltado à análise do parágrafo 324 do *Strafgesetzbuch* (*StGB*), que tipifica o crime de contaminação de águas da seguinte forma: “Quem ilicitamente contamina águas ou de outra maneira modifica negativamente suas características será punido com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com multa”. Contudo, após o seu primeiro estudo e diante das críticas sofridas, o autor, em 1993, reformula parcialmente o seu entendimento, propondo a análise da cumulatividade por meio de um critério realista, apud BECHARA, *Da teoria...*, cit., p. 257.

⁶⁵⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4-8, 2002, p. 12 e ss. Disponível em: http://www.criminet.ugr.es/recpc_04-08.html. Acesso em: 26 mar. 2012.

⁶⁵⁸ “[...] Se houvesse apenas um carro autorizado a operar em todo o estado da Califórnia, a fumaça de seu exaustor logo seria dissipada e nenhum dano para o ar seria mencionado. Centenas de carros poderiam ameaçar a qualidade do ar, mas é improvável que eles trouxessem alguma nocividade. Porém, em algum lugar, entre as baixas emissões de fumaça, produzidas por milhões de carros sem catalisador, o prejuízo seria notável...” (Tradução livre). Cf. FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal Law*. Harm to others. V. 1. New York: Oxford University Press, 1986, p. 228. Sobre os fundamentos dos prejuízos cumulativos, seja na teoria social, seja na filosofia moral, e sua compatibilidade com o modelo de direito penal, cf. SILVA DIAS, Augusto. “*What if everybody did it?*”. Sobre a incapacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação, *RPCC*, n. 13, 2003, p. 304 e ss.

⁶⁵⁹ Apud BECHARA, *Da teoria...*, cit., p. 257.

jurídicos tutelados, a consideração teórica de sua hipotética repetição no âmbito social leva a justificar a relevância da punição, a partir da ideia de uma ofensividade por acumulação.⁶⁶⁰

Inobstante a existência de inúmeros desdobramentos dogmáticos a partir da lógica da acumulação, merecedores de um enfoque mais detalhado, como a criação artificial de bens jurídicos carentes de sustento material, a violação ao princípio da culpabilidade,⁶⁶¹ a exaltação do desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado, a violação do princípio da proporcionalidade entre o grau de injusto e a sanção correspondente, a legitimidade destes delitos quando a repetição da atividade for perpetrada pelo mesmo agente,⁶⁶² as diferenças entre delito cumulativo, autoria acessória e causalidade cumulativa,⁶⁶³ a problemática em torno dos pressupostos básicos de imputação de responsabilidade penal,⁶⁶⁴ o deslocamento de situações de responsabilidade coletiva para o âmbito da responsabilidade individual, entre outros, sobreleva-se neste estudo a importância da teoria do bem jurídico enquanto critério de legitimidade destes delitos, principalmente quando associada à ideia de ofensividade, critérios estes que, de um modo ou outro, permanecem como pano de fundo da polêmica existente em torno destas categorias dogmáticas.

Sob a ótica do bem jurídico ambiental, a questão que merece maiores cuidados, como analisa D'ÁVILA, não é acerca da existência em si do bem jurídico tutelado nos delitos cumulativos, senão sobre a forma como é proposta a tutela desse valor.⁶⁶⁵ Isso significa que o bem jurídico deve ser efetivamente crítico no que diz respeito ao “como” da proibição penal, de modo que, ao menos de forma remota, o delito cumulativo esteja ligado a um bem jurídico-penal.

⁶⁶⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 258.

⁶⁶¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal*. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 208, p. 03-05, mar., 2010.

⁶⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. Rev. Atual. São Paulo: RT, 2010, p. 243.

⁶⁶³ SILVA DIAS, Augusto. “*What if everybody did it?*”. Sobre a incapacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação, *RPCC*, n. 13, 2003, p. 307 e ss; COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 85 e ss.

⁶⁶⁴ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstrato*. Granada: Comares, 2001, p. 493.

⁶⁶⁵ D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*, *RBCCRIM*, n. 80, 2009, p. 23-24.

Os crimes ambientais, se reunidos pelo título de crimes de acumulação, apresentam em um contexto diferenciado, marcado por um alto grau de complexidade, decorrente da interação de inúmeros fatores, flutuantes e incertos, que, inevitavelmente, condicionam a mera *possibilidade* de ofensa ao bem jurídico. Contudo, em um contexto marcado pela *administrativização* do direito penal, no qual o relevante não é a reação ético-jurídica a uma lesão culpável de interesses alheios, senão um conteúdo de gestão e organização de contextos sociais de risco,⁶⁶⁶ em que as penalizações adotam um perfil flagrantemente formal e simbólico, vê-se que a legitimidade da punição em determinados comportamentos passa a ser reconhecida apenas a partir de um referencial normativo, vinculado a uma ideia de ofensa, pois se tem como parâmetro somente o consenso normativo fundamental para a manutenção social.

Isso porque a ofensividade ao bem jurídico ambiental só se justifica em virtude das *expectativas* de ações similares praticadas por terceiros, dada a impossibilidade de se estabelecer um nexo de ofensividade relevante entre as mínimas contribuições individuais e o ambiente como entidade sistêmica ou supraindividual. Desse modo, o único critério de ofensividade suscetível de aplicação prática é o estabelecimento de determinados padrões de contaminação, arbitrária e formalmente fixadas pelas regulamentações administrativas, com todos os problemas de legitimidade que isto pode gerar.⁶⁶⁷

Nesse sentido, a teoria do bem jurídico perde a sua função crítica, pois não se adota critérios, por meio dos quais se possa concluir pela correspondência de uma determinada convicção normativa, formulada a partir do consenso fundamental de uma sociedade, a um bem jurídico específico. Muito embora a concepção adotada neste estudo (o ambiente como sendo um bem jurídico autônomo e, portanto, passível de tutela pelo direito penal) possibilite reconhecer a legitimidade do direito penal em proteger gerações futuras,⁶⁶⁸ faz-se necessário aferir se o direito penal é o meio legítimo para garantir essa proteção.

⁶⁶⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4-8, 2002, p. 15. Disponível em: http://www.criminet.ugr.es/recpc_04-08.html. Acesso em: 26 mar. 2012.

⁶⁶⁷ ALCÁCER GUIRAO, *La protección...*, cit., p. 15.

⁶⁶⁸ A ideia de que a proteção penal ao ambiente permite proteger gerações futuras é enfrentada de modo diverso entre os autores. Enquanto SCHÜNEMANN e ROXIN, por exemplo, retomam a concepção do contrato social, fundada na teoria constitucional, para afirmar que é constitucionalmente obrigatório estender a proteção de bens jurídicos às gerações futuras, ampliando consideravelmente a definição de bem jurídico, STRATENWERTH dispensa a ideia de bem jurídico, propondo normas de comportamento referidas ao futuro, sem referências a interesses humanos, cf. ROXIN, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 206-207. Nesse contexto, ALCÁCER GUIRAO

Se a dogmática dos delitos cumulativos ganha um aparente respaldo a partir de um enfoque estritamente normativo, considerando o necessário prognóstico das reiteradas condutas análogas àquela que fora singularmente analisada, para que ela se amolde aos parâmetros de um direito penal democrático, é preciso considerar um filtro crítico capaz de conferir legitimidade às incriminações dela decorrentes. Em outros dizeres, ainda que a preocupação com os danos cumulativos se mostre legítima e justificada, é preciso estabelecer uma diferenciação teleológica entre a existência de *ilícitos administrativos* e *ilícitos penais*, vez que o caso da cumulatividade tende a satisfazer os critérios estritamente discricionários, no âmbito do direito administrativo, pois permanece ausente a noção de ofensividade, necessária para a intervenção do direito penal.

O ponto intermediário entre uma visão normativa e um enfoque exclusivamente naturalístico sobre a teoria do bem jurídico, permite, de fato, reconhecer a legitimidade da lógica da acumulação, pois se considera, a partir de uma realidade empírica, de prognósticos e de uma síntese dos interesses sociais sobre a qualidade ambiental, a imprescindibilidade em se proteger o ambiente. Contudo, não é possível conceber uma noção de ofensa que transcenda a particular relação entre a conduta descrita no tipo penal e o bem jurídico tutelado pela norma, visto que a ofensa somente é percebida fora dos limites relacionais da conduta punível, inviabilizando a atuação do direito penal neste âmbito.

Desse modo, fundamental é a análise no plano fático da ofensividade da conduta individualmente considerada, ocasião em que o intérprete deverá valorar os reais interesses sociais observados pelo legislador quando da tipificação. Nesse caso, se concretamente o bem jurídico já estiver exposto a dano, e o comportamento do agente contribuir efetivamente para seu prejuízo, já não haverá mais que lançar mão da ideia de cumulatividade e de proteção penal futura, procedendo-se à adequação típica nos moldes tradicionais de perigo e dano.⁶⁶⁹

defende que a proteção penal das condições futuras da espécie humana deve-se basear no princípio da solidariedade (cooperação intersubjetiva), voltado às próximas gerações, estando inerente a este entendimento a necessidade de se proteger um *dever de participação* e não diretamente a autonomia individual, não podendo ser afirmada a lesão de somente uma ação, mas de várias, que uma vez acumuladas acabam por comprometer a função social dos bens jurídicos institucionais, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4-8, 2002, passim. Disponível em: http://www.criminet.ugr.es/recpc_04-08.html. Acesso em: 26 mar. 2012.

⁶⁶⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 264.

Portanto, muito embora o conceito crítico de bem jurídico traduzido a partir da síntese normativa de interesses sociais em relação à qualidade ambiental possa, sob um enfoque normativo, legitimar a ideia de acumulação, quando este conceito é confrontado com a necessária ideia de ofensividade, sobretudo em sua vertente valorativa, verifica-se a ilegitimidade do direito penal em conferir proteção, pois as condutas individuais que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, mas que, em concreto, mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas em relação ao *equilíbrio ecossistêmico*, deve ser extirpadas do âmbito do punível, em total sintonia com o princípio da intervenção penal mínima.

Acredita-se, todavia, apesar das reais dificuldades verificadas na realidade forense, relativas à imputação individual de resultados no âmbito das lesões ambientais, que a proteção penal do ambiente é legítima, desde que seja sempre considerada, como pressuposto de todo e qualquer trabalho interpretativo, a função crítica exercida pela teoria do bem jurídico, pois através dela será possível racionalizar a atuação do direito penal neste campo. Além disso, imprescindível é a análise da ofensividade da conduta em afetar os bens jurídicos ambientais, a fim de que a sua incriminação não se desvincule dos reais interesses e valores sociais.

Esta mesma função crítica ou axiológica exercida pela teoria do bem jurídico, associada à noção de ofensividade, permite racionalizar a ingerência do direito penal na seara ambiental, a ponto de permitir invocar, quando necessário, outros ramos do direito para conferir proteção, quando não estabelecidos estes pressupostos mínimos de legitimidade. De fato, a proteção destinada ao ambiente deve ser a menos atentatória possível à liberdade do cidadão, privilegiando-se, sempre que viável, formas preventivas, como estudos de impacto ambiental, implementação de novas técnicas protetivas, desenvolvimento de inovadoras políticas públicas ambientais, recorrendo-se ao aparato punitivo apenas, e somente apenas, quando estiverem satisfeitos os critérios fundamentais de legitimidade.

CONCLUSÕES⁶⁷⁰

1.1 A análise histórica da teoria do bem jurídico permitiu constatar as inúmeras polêmicas metodológicas e disputas teóricas que, inevitavelmente, influenciam o cenário de crise verificado no âmbito da dogmática penal contemporânea. No âmbito da crise, fez-se necessário, portanto, optar por um caminho metodológico que fosse mais condizente com as demandas do direito penal moderno.

1.2 No cenário atual, verificou-se que as teorias constitucionais e sociológicas, não obstante as críticas a elas direcionadas, passam a prevalecer no bojo dos debates jurídico-penais. As teorias sociológicas assumem maior relevo, pois se nota que o conceito de bem jurídico expressa as consequências de todo o desenvolvimento histórico social, considerando que é a própria realidade social que preenche seu conteúdo.

1.3 Diante do desafio em delimitar os parâmetros críticos capazes de proceder a uma ponderação entre os limites e critérios relevantes para a análise da legitimidade das incriminações ambientais, concebeu-se o bem jurídico como uma síntese normativa de interesses sociais, visto que aparece como sendo as próprias relações sociais em constante inter-relação com os bens propriamente individuais. Na seara supraindividual, essa posição apresenta-se como fundamental para um enfrentamento crítico sobre os critérios de legitimidade da tutela penal neste campo, considerando-se, para tanto, o bens jurídicos supraindividuais numa perspectiva dinâmica, ou seja, a lesão a um bem jurídico supraindividual assume sob esta vertente um sentido sociológico e não estritamente naturalístico.

2.1 A partir de um giro filosófico e sociológico em torno da realidade ambiental, verificou-se o papel exercido pelo direito penal no contexto de uma sociedade de risco global. Os efeitos deste novo modelo de sociedade além de comprometerem diuturnamente a sobrevivência civilizacional, quer pela produção desenfreada desses riscos, quer pelo seu potencial político em reordenar as estruturas sociais, passam a ter um papel fundamental no

⁶⁷⁰ Na numeração destas conclusões, o primeiro algarismo indica o capítulo do trabalho do qual extraída a afirmação e, o segundo, a sequência das conclusões de cada capítulo.

exercício de uma atividade crítica em relação à teoria do bem jurídico na atualidade, pois esta passa a se submeter a novas leituras na medida que absorve toda esta gama de discursos sociais, a partir dos aspectos externos à decisão legislativa.

2.2 As criminalizações de bens característicos de uma sociedade de risco (bens de terceira geração) apontam uma problematicidade peculiar, pois o foco é centrado em uma massa não definida, impactando consideravelmente o entendimento estrutural do direito penal contemporâneo. Isso porque a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais como um todo tem apresentado déficits de legitimidade, considerando, sobretudo, as peculiaridades na sua caracterização, como a titularidade do bem, os reais interesses a serem protegidos, a desindividualização dos sujeitos passivos e a antecipação das condutas delitivas.

2.3 O bem jurídico ambiental não pode perder sua materialidade, se desvinculando de suas concretas formas de manifestação, devendo absorver todos os interesses e valores (ambientais) presentes no contexto de uma sociedade de risco e ser penetrado pelos discursos e anseios sociais por maior proteção ambiental.

3.1 É possível a adoção de uma diretriz em relação ao conteúdo dos bens jurídicos ambientais e não um conceito taxativo e fechado, tendo em vista o desafio em delinear os seus contornos e criar critérios para a sua postulação, a impedir que se legitimem absurdos tipos penais, frequentemente criados pelo poder legislativo, que está sempre atento às demandas sociais por punição no âmbito ecológico.

3.2 O vínculo do bem jurídico à dimensão de interesse, que implique necessariamente uma valoração dinâmica (interindividual), permite estabelecer uma metodologia dialética destinada a empregar uma diretriz em relação aos bens jurídicos ambientais, suficiente para a manutenção de uma função crítica da teoria do bem jurídico na esfera penal-ambiental. Noutros dizeres, a passagem de uma leitura exclusivamente naturalista ou empírica para uma de enfoque sociológico sobre a teoria do bem jurídico permite construir inovadoras facetas interpretativas, tendentes a conferir maior racionalidade na delimitação material dos crimes ambientais.

3.3 O enfoque antropológico, materializado na teoria pessoal do bem jurídico, traz certamente mais obstáculos do que soluções, sobretudo em função do argumento retórico de que os bens jurídicos supraindividuais devem encontrar lastro em bens individuais. A

função crítica neste aspecto é seriamente comprometida, pois não se limita o processo de incriminação, pois, num plano de maior abstração, qualquer bem jurídico supraindividual, inclusive o ambiente, pode ser sempre (re)interpretado, pois tudo que é compreendido pela sociedade relaciona-se a indivíduos concretos.

3.4 No contexto de um Estado Democrático de Direito, afigura-se como fundamental não apenas a proteção da pessoa humana individualmente considerada, mas toda uma gama de relações sociais concretas, atreladas aos processos econômicos, a partir das quais surgem novos e autênticos bem jurídicos passíveis de proteção penal. Para essa proteção, demanda-se uma leitura material desses novos bens, o que implica necessariamente um real dimensionamento da participação dos sujeitos no processo social, da qual se extrairá interesses, que uma vez sintetizados, darão corpo aos bens jurídicos merecedores de tutela penal. Através desse padrão metodológico, é possível situar a teoria do bem jurídico como uma importante ferramenta para a análise da legitimidade das incriminações ambientais, pois permite conceber o ambiente como uma síntese de interesses eminentemente sociais, capaz de formar o conjunto de condições da existência humana.

4.1 Ante a impossibilidade da formulação de um conceito taxativo de bem jurídico ambiental, o desafio está em empreender uma análise sistêmica e racional sobre a necessidade de sua tutela pelo direito penal. Para tanto, imperiosa a vinculação entre o ambiente e o contexto das relações sociais, deixando de considerar o meio natural apenas em seu sentido naturalístico, visualizado empiricamente, senão como valores públicos em constante mutação, de modo que os direitos ambientais deixam de estar posicionados isoladamente para permanecer numa relação de interdependência perante um quadro ecossistêmico.

4.2 O aspecto sistêmico e relacional dos bens ambientais projetam consequências frutíferas para um debate crítico em relação ao papel do direito penal em conferir proteção jurídica, vez que possibilita estabelecer um ponto de equilíbrio entre um normativismo exacerbado e uma visão estritamente naturalística dos bens a proteger, possibilitando o entendimento de que o “dano” inerente ao delito não poderia ser entendido como algo fático, material, sensível, e sim, como um dano imaterial, pertencente ao âmbito do comunicativo, ou seja, das relações linguísticas.

4.3 Tendo como premissa a existência de um “*ecossistema social*”, calcada sobre os fundamentos de um “*antropocentrismo alargado*”, a realçar o aspecto sistêmico do conceito de ambiente, torna-se produtora a construção de uma diretriz acerca do *bem jurídico ambiental*, podendo ser traduzido no *equilíbrio ecossistêmico*, possível de ser avaliado a partir de uma ponderação de uma ordem de valores ambientais fomentada por todos os partícipes presentes no sistema social.

4.4 A noção de *equilíbrio* assume notória importância no processo de clarificação do bem jurídico ambiental para fins de proteção penal, visto ser uma situação desejável, na qual se impera a conciliação entre os direitos do homem e seus deveres para com os seus semelhantes. Devem ser analisadas as modalidades de reparação dos danos ecológicos, traduzidos em elementos de insegurança social, com vistas a uma ponderação sobre a necessidade da tutela pelas vias do direito penal ou, quando suficientes, por outros ramos do direito. Mais importante do que a agressão à natureza naturalisticamente verificada é a privação, imposta à coletividade, do *equilíbrio ecossistêmico*, ou seja, do bem-estar e da qualidade de vida que os recursos ambientais eventualmente agredidos proporcionam.

4.5 O princípio da ofensividade ganha relevância no processo de legitimação do direito penal ambiental, pois permite que não apenas o legislador pondere sobre a necessidade de proteção penal aos bens ambientais, mas ao juiz, ao intérprete, pois terá o instrumento necessário para avaliar o grau de afetação ao bem jurídico decorrente de uma conduta típica, levando-se em conta o ambiente naturalístico e, ainda, toda a ordem de valores ambientais presente no corpo social, racionalizando-se, portanto, a aplicação da lei penal nesta esfera.

4.6 A teoria do bem jurídico quando utilizada conjuntamente com a noção de ofensividade, permite conferir maior racionalidade, por exemplo, na aplicação do art. 32 da Lei 9.605/98, pois não se considera, no momento da aplicação, uma hipotética violência física a um animal, mas toda uma gama de interesses e expectativas sociais sobre as condições de vida dos animais. Ao contrário do delito de caça a animais descrito no art. 29 da Lei 9.605/98, em que é possível visualizar uma ofensa ao *equilíbrio ecossistêmico*, sobretudo quando constatada a realização de *caça profissional* (predatória), com o único fim de obter lucro e a *caça amadorista*, sem interesses culturais ou tradicionais envolvidos, importando em alterações no nível de qualidade do ecossistema, aferível a partir de perícias e técnicas ambientais, o delito de maus-tratos previsto no art. 32 da aludida Lei

não permite essa visualização clara da potencialidade em promover o desequilíbrio do ecossistema, muito embora haja um notório conhecimento de condutas mórbidas promovedoras de um sofrimento gratuito a animais. Nesses casos, há que se analisar se, de fato, não havendo ofensa ao bem jurídico ambiental, tais condutas não poderiam ser tuteladas por outros ramos do direito, em estrita consonância com o princípio da intervenção mínima.

4.7 No âmbito dos delitos por acumulação, o padrão crítico exercido pelo bem jurídico, completado com um necessário vínculo de afetação entre a suposta conduta lesiva e o bem ambiental a ser protegido, possibilita uma diferenciação teleológica entre a existência de ilícitos administrativos e ilícitos penais, dependendo se presente ou ausente a mínima ofensividade ao bem jurídico em questão. Confere-se certamente maior racionalidade e permite avaliar se, e em que medida, determinadas lesões ambientais podem também ser tuteladas efetivamente por outros ramos do direito quando ausentes estes critérios fundamentais de legitimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. In: *Revista de Estudos avançados IEA/USP*, v. 24, n. 68, jan. –abr, 2010.

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa, 1999.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Facticidad y normatividad en derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica*. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L, 1998/B.

_____, Rafael. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 4-8, 2002. Disponível em: <http://www.criminet.ugr.es/recpc_04-08.html>. Acesso em: 26 mar. 2012.

_____, Rafael. *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. e Org. Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011.

_____, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *Trama de la vida y protección penal del ambiente*. In: SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Directores). *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*. Madrid: Colex, 2010.

ALVAREZ, Marcos César. *Michel Foucault e a ordem do discurso*. In: Sete ensaios sobre o Collège de France. 2ª. ed. Afrânio Mendes Catani e Paulo Henrique Martinez (orgs.). São Paulo: Cortez, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. *Linguagem, sentido e realidade da norma jurídica*. Tese de Livre Docência. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1996.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea. Dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMELUNG, Knut. *El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Knut. *O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

ARIZA, Santiago Sastre. *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.

AYALA, Patryck de Araújo. *Constituição ambiental e sensibilidade ecológica: notas para a reflexão sobre um direito ambiental de segunda geração na jurisprudência brasileira*. *Revista de Direito Ambiental*, ano 15, n. 60, out/dez, 2010.

_____, Patryck de Araújo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus*. *Revista de Direito Ambiental*, ano 16, n. 62, abr/jun, 2011.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. 3ª ed. Madrid: Akal, 1994.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. 2ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: ICC, 1999.

_____, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal*. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, ano 2, jan/mar, 1994.

BARBOSA DE ALMEIDA, Mauro W. *Direitos à floresta e ambientalismo: seringueiros e suas lutas*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, Jun, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, jan.-mar, Salvador, 2007.

BARROS, Miguel Carlos de; PEREIRA COUTINHO, Cunha. *Tutela do dano ambiental em Portugal: da responsabilidade civil à lei de acção popular*. In: Anais da VII Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente, Florianópolis/SC, Brasil.

BARROSO, Luís Roberto. *Here, there and everywhere*. Human dignity in contemporary law and in the transnational discourse (August 30, 2011). Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 35, No. 2, p. 9. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1945741>>. Acesso em: 04 Mar. 2012.

_____, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005, p. 3-4. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 1 nov. 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

_____, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 5ª ed. rev. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do direito penal*. Tese de Livre-Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____, Ana Elisa Liberatore S. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 17, n. 208.

_____, Ana Elisa Liberatore S. Delitos sem bens jurídicos. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 15, n. 181, p.4-5, dez. 2007.

_____, Ana Elisa Liberatore S. *Manipulação genética humana e direito penal*. Porto Alegre: Zouk, 2007.

_____, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria pessoal do bem jurídico no direito penal contemporâneo. *Revista Liberdades*, n. 1, jan./abr. 2009.

BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

_____, Ulrich. *Autodissolução e auto-risco da sociedade industrial: o que significa?* In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva. Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997.

_____, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo. Ulrich Beck conversa com Johannes Willms*. Trad. Luiz Araújo. São Paulo: Unesp, 2002.

_____, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____, Ulrich. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Antônio Herman. *Crimes contra o meio ambiente: uma visão geral*. In: *Direito Ambiental em Evolução*. V. 2. PASSOS DE FREITAS, Vladimir (Coord.). Curitiba: Juruá, 2000.

BESSA ANTUNES, Paulo de. *Direito ambiental*. 12ª ed. 3ª Tiragem. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und ihre Arten des Delikts*. Leipzig: Weidmann, 1922.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13ª tiragem. Trad. Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). *Direito penal contemporâneo. Questões controversas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Pierpaolo Cruz. *O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n. 85, jul.-ago, 2010.

_____, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas de Barros Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. *A confusa exegese do princípio da insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 20, n. 98, set.-out, 2012.

_____, Pierpaolo Cruz; OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de; PAPA, Douglas Ibarra; RIBEIRO, Thaísa Bernhardt. *O princípio da insignificância nos crimes contra o patrimônio e contra a ordem econômica: análise das decisões do Supremo Tribunal Federal*. In: *Justiça em Foco - Estudos empíricos*. OLIVEIRA, Fabiana Luci (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 104.410/RS, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, Min. Relator Gilmar Mendes, DJ 06.03.2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4ª Região). Ação Civil Pública nº 2004.71.00.021481-2/RS. Disponível em: <www.trf4.gov.br>. Acesso em: 13 dez. 2012.

BRÜSEKE, Franz Josef. *Risco e contingência*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 22, n. 63, 2007.

BUNZEL, Michael. *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información*. In:

HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1994.

_____, Juan. *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis, S. A. Ed., 1986.

_____, Juan. Los bienes colectivos. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 11, Madrid, junio, 1986.

_____, Juan. *Manual de derecho penal*. Parte general. Barcelona: Ariel, 1984.

_____, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Volumen II. Madrid: Trotta, 1999.

_____, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta, 2004.

_____, Juan. Política criminal e injusto. Política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. *Revista de Direito Penal*, n. 30, jul.-dez, Rio de Janeiro, Forense, 1980.

_____, Juan. Sentido y función del sistema de derecho penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 14. Lima: Idemsa Ed., 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CARRAMENHA, Roberto. *Direito da Natureza. Considerações sobre o direito ambiental brasileiro e a lei dos crimes ambientais*. Campos do Jordão: Mantiqueira Ed., 1999.

CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal*. Parte geral. V. 1. Trad. de José Luiz de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

CARVALHO, Érika Mendes de. *Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais*. Revista *Liberdades*, n. 08, set.-dez, 2011, IBCCRIM, São Paulo.

CEZERO MIR, José. *Derecho penal*. Parte general. Obras Completas. Tomo I. Lima: Ara Ed., 2006.

CHAVES CAMARGO, Antônio Luís. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

_____, Antônio Luis. *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política-criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *¿Cabe limitar la expansión del derecho penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?* In: *Dogmática penal del tercer milenio*. Libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann. Lima: Ara, 2008.

_____, Mirentxu. *Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica*. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GARCÍA RUIDIAZ, Carmen. *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*. Navarra: Universidad Pública de Navarra Ed., 2000.

_____, Mirentxu; VIVES-REGO, J. *La evaluación del riesgo y del impacto (o daño) en el delito ecológico: aspectos jurídicos y forenses*. Revista *Poder Judicial*, n. 83, 2006.

CORNELLI, Roberto. *Miedo, criminalidad y orden*. Traducción Flavia Valgiusti. Buenos Aires: B de F, 2012.

CARO CORIA, Dino Carlos. *Sociedades de risco, bens jurídicos coletivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo*. Revista *Peruana de Ciencias Penales*, n. 9, año V.

CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica. Ensaio sócio-semiológico*. Trad. Roberto Bueno. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1995.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana. Teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*. Viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências como referências de uma doutrina teleológico-funcional do crime*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2, fasc. 2, abr.-jun., 2002.

_____, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

COUTO DE BRITO, Alexis Augusto. *Crimes de perigo e teoria da imputação objetiva*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo*. Revista de Derecho y Proceso Penal, n. 4, Navarra, Aranzadi Ed., 2000.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 80, 2009.

_____, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

_____, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____, Fábio Roberto. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário*. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006.

DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental. Perspectivas para a educação corporativa*. São Paulo: Ed. SENAC, 2003.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Crítica al funcionalismo normativista*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª época, n. 3, 2010.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, n. 15, año 10, dez, 1998.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Constituição e escolha de bens jurídicos*. Trad. José Faria da Costa. Revista Portuguesa de Ciências Criminais, ano 4, fasc. 2, abr./jun. 1994.

DOMINGUES, José Maurício. *Reflexividade, individualismo e modernidade*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 17, n. 49, jun, 2002.

_____, José Maurício. *Teorias sociológicas no século XX*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira Ed., 2008.

DONINI, Massimo. *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*. Estudios de derecho penal. Lima: Ara Ed., 2010.

DOTTI, René Ariel. *A tutela penal dos interesses coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins fontes, 2010.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Trad. Izabel Magalhães. Brasília: UnB, 2001.

FARBER, Daniel A.; FREEMAN, Jody; CARLSON, Ann E. *Cases and materials on environmental law*. Eighth Edition. St. Paul: Thomson Reuters, 2010.

FARIA COSTA, José. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernado. *Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade de risco”*. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Revista *Liberdades*, n. 7, maio/ago, 2011.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal Law*. Harm to others. V. 1. New York: Oxford University Press, 1986.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: B de F, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2006.

_____, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009.

FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: RT, 1995.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*. Trad. Leonardo G. Brond. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

_____, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho penal. Parte general*. Traducción Luis Fernando Niño. Bogotá: Temis Ed., 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminológica*. 2ª Reimpr. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

_____, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

_____, Jorge de. *O direito penal entre a “sociedade industrial e a “sociedade de risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 33, ano 9, jan./mar, 2001.

_____, Jorge de. *Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português*. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coord.). *Direito penal secundário. Estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: RT, 2006.

_____, Jorge de. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português*. In: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouveia. *Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal*. (Des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 15ª. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

_____, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

_____, Michel. *Sobre a prisão*. In: *Microfísica do poder*. 13ª ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____, Michel. *Verdade e poder*. In: *Microfísica do poder*. 13ª ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. de Raquel Ramalhete. 37ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 8ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FREITAS MOURÃO, Ronaldo R. *Ecologia cósmica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Ed., 1992.

FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

_____, Anthony; TURNER, Jonathan H. *Teoria social hoje*. Trad. Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Unesp Ed., 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

_____, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. Não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político-criminal e dogmático-interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 - (Série as ciências criminais no século XXI; V. 6).

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Estudios de derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004.

_____, Luis. *La modernización del derecho penal como exigência de la realización del postulado del Estado de Derecho (Social y Democrático)*. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3ª Época, n. 3, 2010.

_____, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

GRECO, Luis. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 58, jan./fev, 2006.

_____, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 49, jul.-ago, 2004, São Paulo.

_____, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. Revista Liberdades, n. 3, jan.-abr, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 1997.

_____, Peter, *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. In: Science. Vol. 162, Dez, 1968.

HASSEMER, Winfried. *A preservação do ambiente através do direito penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 22, abril-junho, 1998.

_____, Winfried. *Bienes jurídicos en el derecho penal*. In: Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2005.

_____, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. In: Pena y Estado. Función simbólica de la pena, n. 1, Septiembre-Diciembre, 1991.

_____, Winfried. *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 6, abr./jun, 1994.

_____, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires, Depalma Ed., 1989.

_____, Winfried. *Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

_____, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo XLV, Fasc. I, Enero-Abril.

HEFENDEHL, Roland. *De largo aliento: el concepto de bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Roland. *Las jornadas desde a perspectiva de un partidario del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n. 87, nov.-dez, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la crítica al “finalismo”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 65, ano 15, mar-abr, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã. Ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Estudos gerais. Série universitária. Clássicos de Filosofia. São Paulo: Imprensa nacional-Casa da Moeda, 1999.

HORMAZABAL MALAREÉ, Herman. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho. El objeto protegido por la norma penal*. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

_____, Herman. *Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. In: ÁLVAREZ PÉREZ, Fernando (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad Salamanca Ed.

_____, Herman. *El principio de lesividad y el delito ecológico*. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi, 2001.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas, 2004.

_____, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: RT, 2003.

_____, Günther. *La autocompreensión de la ciência del derecho penal ante los desafíos del presente*. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coordinadores de la versión alemana.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Coordinador de la versión española Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

_____, Günther. *O que é protegido pelo direito penal: bem jurídicos ou a vigência da norma?* In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

_____, Günther. *Os dilemas do direito penal*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito penal contemporâneo. Questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Günther. *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* In: LYNETT, Eduardo Montealegre (Coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____, Günther. *Sobre la normatización de la dogmática jurídico-penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

_____, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*. Teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Estudos de direito penal. V. 6. Barueri-SP: Manole, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4ª ed. Trad. José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2011.

KAHLO, Michael. *Sobre a relação entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

KARGL, Walter. *Protección de bienes jurídicos mediante protección del derecho*. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena. In: *La insostenible situación del derecho penal* (editado pelo Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt – Área de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra). Granada: Editorial Comares, 2000.

KAUFMANN, Armin. *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal*. Nuevo Pensamiento Penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales, ano 4, n. 5 a 8, 1975.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Traducción de Claudia López Díaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

_____, Urs. *Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 20, vol. 95, mar.-abr, 2012.

_____, Urs. *Teoría de las normas y sistemática del delito*. Lima: Ara Editores, 2008.

_____, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Buenos Aires: B de F, 2011.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*. Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri-SP: Manole, 2005.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito ambiental brasileiro*. 18ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

LINARES, Jorge Enrique. *Ética y mundo tecnológico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

LOBATO, José Danilo Tavares. *O meio ambiente como bem jurídico e as dificuldades de sua tutela pelo direito penal*. Revista *Liberdades*, n. 5, set. -dez, IBCCRIM, 2010.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. *El derecho como sistema social*. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.

_____, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Gruyter, 1993.

_____, Niklas. *Social Systems*. Trad. John Bednarz e Dirk Baecker. Stanford: Stanford University Press, 1995.

_____, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUJÁN CASTRO, María. *El ambiente como derecho humano*. Revista de Derecho Ambiental. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, n. 28, octubre-diciembre, 2011.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. *A “luta pelo método” na República de Weimar*. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 51-58, abr./jun. 2010.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*. Canone di política criminale, criterio ermeneutico, parámetro di ragionevolezza. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

MANTOVANI, Fernando. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per um nuovo código penale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, n. 2, v. 40, 1997.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de derecho ambiental*. 3ª ed. Navarra: Aranzadi Ed., 2003.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997.

_____, Ricardo M. *Problemas y eficacia del derecho penal del medio ambiente*. Especial referencia a la contaminación. Cuadernos de Política Criminal, n. 72, Comunidad de Madrid, 2000.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. V. 1. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAYER, Max Ernst. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Sergio Politoff Lifsschitz. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Ed., 2007.

_____, Max Ernst. *Normas jurídicas y normas de cultura*. Trad. José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

MAYO CALDERÓN, Belén. *Derecho penal y tutela de bienes jurídicos colectivos*. Revista Peruana de Ciencias Penales, n. 17. Lima: Idemsa, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El delito ecológico y sus técnicas de tipificación*. Actualidad Penal, n. 13, 25 al 31 marzo, 2002.

_____, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

_____, Blanca. *El papel del derecho penal en la protección del medio ambiente*. In: COSTA ANDRADE, Manuel da; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Vol. II. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Parte General. Libro de estudio. Traducción de la 6ª edición Alemana de Conrado A. Finzi e Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Biliográfica Argentina Ed., 1958.

_____, Edmund. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____, Edmund. *Retribución y defensa en el nuevo derecho penal alemán*. In: GRISPIGNI, Filippo; MEZGER, Edmund. *La reforma penal nacional-socialista*. Madrid: Ediar, 2009.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, Édís; COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ambiental. Comentários a Lei nº 9.605/98*. Campinas: Millennium, 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

_____, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____, Santiago. *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: B de F Ed., 2006.

_____, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982.

_____, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2002.

_____, Santiago. *Límites del normativismo en Derecho penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-18, p. 18:1-18:24. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2012.

_____, Santiago. *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2004, núm. 06-02, p. 7. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2012.

MOCCIA, Sergio. *EL derecho penal entre ser y valor*. Función de la pena y sistemática teleológica. Traducción de Antonio Bonanno. Buenos Aires: B de F Ed., 2008.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6ª ed. Ref. Atual. Ampl. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha (Coord.). São Paulo: RT, 2008.

_____, Antônio García-Pablos de. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 2000.

MORALES PRATS, Fermín. *Técnicas de tutela penal de los intereses difusos*. Interesses difusos y derecho penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000.

_____, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____, José Rubens. *Sociedade de risco e estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2009.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. *Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente*. In: La insostenible situación del derecho penal (editado pelo Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt – Área de Direito Penal da Universidade Pompeu Fabra). Granada: Editorial Comares, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

_____, Francisco. *Política criminal e dogmática jurídico-penal na República de Weimar*. Revista do Ministério Público, Lisboa, Ano 17, n. 67, jul./set, 1996.

_____, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 5ª edición, revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítico hacia el sistema. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, enero, Madrid, 2002.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIÑO, Luis Fernando. *El bien jurídico como referencia garantista*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

PAPA, Douglas de Barros Ibarra. *Qual o futuro da punição?* In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 228, p. 12-13, nov., 2011.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del “derecho penal del riesgo”*. Revista Catalana de Seguretat Pública. La idea del riesgo aplicada al sistema penal, n. 13, diciembre, 2003.

PARSONS, Talcott. *A estrutura da ação social*. Um estudo de teoria social com especial referência a um grupo de autores europeus recentes. Trad. Raquel Weiss. Vol. II. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTORINO, Leonardo Fábio. *El daño al ambiente*. Buenos Aires: Lexisnexus, 2005.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. Revista del Poder Judicial, n. 43-44, 1996.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?* In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Teoría de sistemas y derecho penal*. Fundamentos y posibilidades de aplicación. Granada: Comares, 2005.

_____, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Lima: Ara Ed., 2008.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El injusto típico en la teoría del delito*. Corrientes: Mave, 2000.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. Cuadernos de Política Criminal, n. 39, Madrid, Edersa Ed., 1989.

PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

PUCCI, Rafael Diniz. *Responsabilização penal na sociedade de risco*. In: SILVA, Luciano Nascimento (Coord). *Estudos jurídicos criminais*. Curitiba: Juruá, 2008.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE JR., Miguel. *A lei de crimes ambientais*. Revista Forense, v. 345, jan. –mar, 1999.

_____, Miguel. *A lei hedionda dos crimes ambientais*. Folha de São Paulo, Caderno 1, Tendências e Debates, São Paulo, p. 3, 06/04/1998.

REGIS PRADO, Luiz. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Luiz. *Direito penal do ambiente*. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo, 2009.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Decreto estadual nº 35.194, de 18 de abril de 1994. Disponível em: <http://www3.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=13538&Texto=&Origem=1>. Acesso em: 13 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei estadual nº 10.056, de 10 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a autorização da caça amadorística no território do estado do Rio Grande do Sul.
Disponível

em: <http://www3.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=13809&hTexto=&Hid_IDNorma=13809>. Acesso em: 13 dez. 2012.

ROCCO, Arturo. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Buenos Aires: Jose Faria Ed., 2001.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Dir.). *La insostenible situación del derecho penal*. Estudios de derecho penal, n 15. Granada: Comares Ed., 1999.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

_____, Claus. *Derecho penal*. Parte general. T. I. Fundamentos. La estructura de la teoría do delito. Traducción de la 2 ed. Alemã por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho pena?* In: HEFEDENHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 15, n. 65, mar.-abr, 2007.

_____, Claus. *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

_____, Claus. *La evolución del derecho penal y la política criminal em Alemania tras la segunda gerra mundial*. In: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____, Claus. *La teoría do delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

_____, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1993.

_____, Claus. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Revista Nuevo Pensamiento Penal, ano 4, n. 5 a 8, Buenos Aires: Depalma, 1975.

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

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. 4ª ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIX, fasc. I, enero-abril, 1996.

_____, Bernd. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Bernd. *Introducción ao razonamiento sistemático en derecho penal*. In: *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: Idemsa, 2006.

_____, Bernd. *La interpretación de la ley en la intersección de la filosofía del lenguaje, la constitución y la metodología jurídica*. In: DONNA, Edgardo Alberto (dir). *Obras*. Tomo I. Colección autores de derecho penal. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Ed., 2009.

_____, Bernd. *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 11, jul.-set, 2003.

_____, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____, Bernd. *Sobre a dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Obras. Tomo II. Colección autores de derecho penal dirigida por Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Ed., 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA DIAS, Augusto. “*What if everybody did it?*”. Sobre a incapacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 13, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

_____, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: J.M. Bosch, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A construção do Bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.10, n. 122, p. 14-15, jan. 2003.

_____, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____, Renato de Mello Jorge. *Dos crimes contra o meio ambiente. Seção I - dos crimes contra a fauna (arts. 29 a 37)*. In: Comentários à lei de crimes ambientais - Lei nº 9.605/98. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____, Renato de Mello Jorge. *Fundamentos da adequação social em direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SIQUEIRA, José Eduardo de. *Ética e tecnociência. Uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: Ed. UEL, 1998.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente*. Breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12-2-1008. 2ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOTO NAVARRO, Susana. *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo LVIII, fasc. III, septiembre-diciembre, 2005.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supraindividuais. São Paulo: RT, 2004.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Traducción de la 2ª edición alemana (1976) de Gladys Romero. Madrid: Edersa Ed., 1982.

_____, Günter. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer. 2ª edición. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

_____, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____, Günter. *Sobre o conceito de “bem jurídico*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Coord.) *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

SUDATTI, Ariani Bueno. *Dogmática jurídica e ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Bakhtin*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Ampl. Rio de Janeiro: Del Rey, 2003.

TAYLOR, Paul W. *Respect of nature: a theory environmental ethics*. Princenton University Press, 1986.

TELES DE MENEZES, Paulo Roberto Brasil. *O direito do ambiente na era do risco: perspectivas de mudança sob a ótica emancipatória*. Revista de Direito Ambiental, ano 8, n. 32, out. –dez, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Constitución y ley penal. La imposible convergencia*. Estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, n. 11, Madrid, junio, 1986.

_____, Juan. *Cuestiones actuales de derecho penal econômico y la empresa*. Lima: Ara Ed., 2010.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann – e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de delito económico y de derecho penal económico*. In: Revista Nuevo Pensamiento Penal, ano 4, n. 5 a 8, Buenos Aires, Depalma Ed., 1975.

VOGEL, Joachim. *Legislación penal y ciência del derecho penal*. Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, n. 11, 2003.

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet Ed., 1899.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11ª ed. (4ª ed castellana). Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Juridica de Chile Ed., 1993.

_____, Hans. *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Buenos Aires: B de F Ed., 2006.

_____, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Buenos Aires: B de F, 2005.

WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4ª ed. Rev. Atual. Ampl. São Paulo: RT, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal*. Parte General. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 8ª ed. rev. Atual. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Madrid: Colex, 2001.