



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
BACHARELADO EM DIREITO

JOSÉ CÍCERO LOPES DA SILVA JÚNIOR

**DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO: NOVAS FORMAS DE TUTELA
DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS**

Maceió – AL

2022

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586d Silva Júnior, José Cícero Lopes da.
Direito penal na sociedade do risco : novas formas de tutela dos bens jurídicos
supraindividuais / José Cícero Lopes da Silva Júnior. – 2022.
48 f.

Orientador: Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2022.

Bibliografia: f. 46-48.

1. Direito penal. 2. Sociedade do risco. 3. Bem jurídico. I. Título.

CDU: 343.2

JOSÉ CÍCERO LOPES DA SILVA JÚNIOR

**DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DO RISCO: NOVAS FORMAS DE TUTELA
DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS**

Esta monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, obteve a devida aprovação perante a presente banca examinadora.

Banca Examinadora:

TUTMES AIRAN DE
ALBUQUERQUE
MELO:90616

Assinado de forma digital por
TUTMES AIRAN DE ALBUQUERQUE
MELO:90616
Dados: 2022.12.12 13:58:38 -03'00'

Prof. MS Tutmés Airan de Albuquerque Melo
Presidente

TAYNA LIMA
PRADO:1875523

Assinado de forma digital por
TAYNA LIMA PRADO:1875523
Dados: 2022.12.13 09:22:41 -03'00'

Mestranda Tayná Lima Prado
Membro

Maceió – AL
2022

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra ao meu pai, aquele que não pôde estar presente fisicamente nas minhas conquistas.

Aquele que deixou um legado eterno dentro de mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me oportunizado viver coisas tão incríveis e por ter me amparado nos momentos mais difíceis.

Agradeço a minha mãe, Zélia, por ser a base da minha educação moral, ética, humana e religiosa; uma mulher extremamente forte, justa e simples. Obrigado por tudo, por ter sido mãe, pai e minha inspiração.

Agradeço à Tereza, por ter me incentivado nessa jornada e por ter me dado doses de motivação durante o trajeto. Sua escuta atenta e sua paciência foram muito importantes para mim.

Agradeço aos meus colegas de curso, em especial ao meu amigo Adailton, irmão que conheci na graduação. Obrigado pela acolhida, pela amizade e por seus conselhos salomônicos, mais que isso, obrigado por ter me ensinado a simplificar e a resistir.

Agradeço aos profissionais que fizeram parte da minha construção profissional no universo do Direito, em especial aos meus supervisores de estágio.

Agradeço ao Guilherme Rego, Fábio Henrique, Jefferson Nunes, Lucas Holanda, Arla Amorim e Talice Bandeira. Sem vocês a jornada teria sido demasiada exaustiva.

Agradeço ao professor Rosmar por ter sido exemplo de docência com sua organização e amor pelo saber, por ter me ensinado a ser estudante e não um mero aluno, por ter sido exemplo de profissional e por ter aceitado me orientar.

Agradeço a todas as pessoas que me apoiaram ou auxiliaram tornando essa graduação possível.

Agradeço, por último, aos que desencorajaram, desacreditaram ou dificultaram esse sonho, vocês foram combustível necessário e força motriz sempre que eu pensava em fraquejar.

EPÍGRAFE

*A vida é curta demais para ser pequena. Já basta que ela curta
seja, para que eu consiga apequená-la de algum modo -
Benjamin Disraeli.*

RESUMO

O presente trabalho insere-se na discussão da expansão do Direito Penal no que pese a tutela dos bens jurídicos supraindividuais, especificamente o bem jurídico ambiental. Neste diapasão, quer-se verificar a legitimidade da tutela penal do meio ambiente, abrangida no fenômeno da expansão do Direito Penal. Num primeiro momento, demonstram-se as características da sociedade atual, aqui concebida como sociedade de risco, a fim de propiciar a compreensão das mudanças sofridas pelo sistema penal nos últimos tempos. Noutra parte, apresentam-se alguns dos muitos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais. Por último, expõem-se, sinteticamente, algumas correntes existentes acerca da utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e para trazer maior segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito, a fim de evitar excessos e, tampouco, outorgar proteção deficiente aos bens objeto de tutela.

Palavras Chave: Direito Penal. Sociedade do Risco. Bens Jurídicos.

ABSTRACT

The present work is part of the discussion of the expansion of Criminal Law in terms of the protection of supra-individual legal assets, specifically the environmental legal asset. In this vein, we want to verify the legitimacy of the criminal protection of the environment, covered in the phenomenon of the expansion of Criminal Law. At first, the characteristics of current society are demonstrated, here conceived as a risk society, in order to provide an understanding of the changes undergone by the penal system in recent times. Elsewhere, some of the many internal structural conflicts of Criminal Law are presented in the face of new social demands. Finally, we briefly expose some existing currents about the use of Criminal Law in the management of new risks, concluding with the possibility of intervention criminal law in protecting risks and bringing greater social security, provided that respecting the limiting principles of state punitive power and the guarantees of Democratic State of Law, in order to avoid excesses and, neither, grant deficient protection of the assets under guardianship.

Keywords: Criminal Law. Risk Society. Legal Assets

RESUMEN

El presente trabajo se enmarca en la discusión de la expansión del Derecho Penal en cuanto a la protección del bien jurídico supraindividual, específicamente del bien jurídico ambiental. En esta línea, queremos comprobar la legitimidad de la tutela penal del medio ambiente, amparada en el fenómeno de la expansión del Derecho Penal. En un primer momento se evidencian las características de la sociedad actual, aquí concebida como una sociedad de riesgo, con el fin de facilitar la comprensión de los cambios experimentados por el sistema penal en los últimos tiempos. En otra parte, se presentan algunos de los muchos conflictos estructurales internos del Derecho Penal ante las nuevas demandas sociales. Finalmente, exponemos brevemente algunas corrientes existentes sobre el uso del Derecho Penal en la gestión de nuevos riesgos, concluyendo con la posibilidad de intervención del derecho penal en la protección de riesgos y en la consecución de una mayor seguridad social, siempre que respetando los principios limitantes del poder punitivo estatal y las garantías de Estado Democrático de Derecho, a fin de evitar excesos y, tampoco, otorgar protección deficiente de los bienes bajo tutela.

Palabras clave: Derecho Penal. Sociedad del Riesgo. Bienes Jurídicos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. DA SOCIEDADE DO RISCO DE ULRICH BECK.....	14
2. IMPLICAÇÕES DOS NOVOS RISCOS NO DIREITO PENAL	19
2.1 Evolução histórico-conceitual do bem jurídico	22
2.2 Aspectos Conceituais do bem jurídico	23
2.3 O bem jurídico e a sociedade do risco.....	25
2.4 Espiritualização do bem jurídico	28
2.5 Da antecipação da Tutela Penal.....	30
2.6. Crimes de Perigo e Crimes de Dano	31
2.7 Princípio da ofensividade (<i>Nullum Crimen sine iniuria</i>).....	33
3. O BEM JURÍDICO AMBIENTAL.....	35
4. NOVAS FORMAS DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS ..	41
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

INTRODUÇÃO

Atualmente observa-se uma crescente expansão do Direito Penal, evidenciada na dilatação do campo de abrangência das normas, na flexibilização dos princípios e na antecipação da tutela estatal, evidências estas que nos apontam que o sistema penal clássico possui limitações frente à atual realidade social.

É cediço que a formulação de normas penais nos sistemas jurídicos decorre da necessidade de proteger determinados bens que se encontram sob tutela jurídica observando-se, numa escala de importância, a preferência pelo objetivo de salvaguardar a existência do indivíduo. Assim, estabelecer os critérios de seleção desses bens e valores fundamentais da sociedade exige estudo, compreensão dos valores humanos e a concretização desses valores na sociedade.

Ter um Direito Penal que proteja adequadamente os bens jurídicos na sociedade do risco sem comprometer os princípios limitadores do poder punitivo estatal e sem descaracterizar o autêntico Estado de Direito não é uma tarefa fácil, principalmente porque a análise das modificações da política criminal, deve ser feita por um aspecto que englobe o modo de organização social contemporâneo, suas principais características e as construções normativas que dela derivam.

A definição e a compreensão do bem jurídico-penal se revela como uma das formas mais consistentes de analisar o Direito Penal, estando a intervenção penal indissolavelmente vinculada às determinações do bem jurídico, isso porque o estudo do bem jurídico é a primeira forma consequente para se abordar a valoração de um comportamento incriminado. Em outras palavras, a compreensão da noção de bem jurídico é primordial para a análise de qualquer área incriminadora.

É certo que o sistema penal se encontra em uma crise ideológica. Hoje, assistimos uma verdadeira expansão do Direito Penal tendo por locomotiva os reclamos sociais por uma maior segurança. A expansão do Direito Penal faz com que há alguns anos já se fale em “*derechos penales diferenciados*”, onde as ideias de “Direito Penal de Velocidades” de Silva Sánchez, as concepções de “Direito Penal do Inimigo” de Jakobs e a formação de um “Direito Penal de Intervenção” de Hassemer contribuem para esta multiplicidade de pensamentos a formar um novo Direito Penal.

Nesse contexto, o presente estudo, baseado na revisão bibliográfica de pesquisas nacionais e estrangeiras, bem como na legislação brasileira no âmbito do

Direito Penal e Constitucional, utilizou o método dedutivo, na medida em que foram exploradas premissas gerais, autoevidentes, calcadas em fatos sociais de relevância, leis e proposições fenomenológicas.

Dessa forma, o presente trabalho se propõe a demonstrar que a ampliação do conceito de bem jurídico para abranger bens jurídicos de conteúdo difuso, como o meio ambiente, se faz tanto porquanto necessária à efetiva tutela que requer o meio ambiente face a sua exploração pelo homem. Para tanto, é necessário que se faça uma incursão na teoria do bem jurídico para que se encontrem os fundamentos dogmáticos que legitimem a proteção referida.

De acordo com Bottini, a discussão acerca dos novos contornos do direito positivo, da nova dogmática e de sua legitimidade para o enfrentamento dos desafios trazidos pelos novos riscos oriundos da sociedade dos riscos é acirrada e se reflete nas diferentes e conflitantes propostas metodológicas de reconstrução do Direito Penal¹.

O presente estudo busca demonstrar problemáticas enfrentadas pela ciência criminal nas demandas originadas na sociedade de risco e expor alguns dos inúmeros discursos jurídicos acerca da utilização do Direito Penal na proteção de bens indispensáveis para a vida em comum. Trata-se, pois, de um trabalho que não tem a pretensão de esgotar o assunto, tampouco solucioná-lo, mas apenas de buscar apresentar, pautando-se em uma abordagem puramente expositiva, um assunto atual e de suma importância para o ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo discorreremos sobre a “Sociedade do Risco” – expressão cunhada por Ulrich Beck – e as novas demandas sociais provenientes desta, as quais provocam um novo comportamento da ciência penal, impondo uma nova forma de compreender o papel do Direito Penal. O objetivo é demonstrar que o sentimento de risco acaba por moldar um novo sistema de repressão criminal baseado em novas tendências e pautado pela criação de tipos penais que buscam reprimir as novas ameaças que assolam o mundo moderno.

No segundo capítulo buscaremos tratar das implicações desses novos riscos no Direito Penal. Uma vez que a formulação de normas penais nos sistemas jurídicos decorre da necessidade de proteger determinados bens que se encontram sob tutela jurídica estatal. Trataremos também do fenômeno que tem ocorrido com

¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: RT, 2007, p. 98.

grande intensidade era moderna, que é a disseminação do medo. Nesse ponto, analisaremos como esse combate ao medo influencia nas características do modelo de Direito Penal existentes.

No terceiro capítulo buscaremos tratar do bem jurídico ecológico, este que é produto das exigências globais desde meados do final dos anos 70. É certo que o meio ambiente é um bem jurídico difuso, destituído de conteúdo patrimonial direto e imediato, pertencente a toda coletividade e merecedor de diferenciada e especial proteção. Assim sendo, discorreremos sobre a necessidade de se definir quando esse bem jurídico está ante a um risco jurídico penalmente relevante.

Por fim, apresentaremos algumas das discussões que surgem na doutrina em relação às novas formas de intervenção do Direito Penal as quais apresentam novas técnicas de tipificações e alterações nas estruturas dogmáticas.

1. DA SOCIEDADE DO RISCO DE ULRICH BECK

Diante de uma sociedade caracterizada pela “sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exacerbado”², caracterizada pela exploração de energia nuclear, produtos químicos lesivos ao meio ambiente, produção de alimentos transgênicos para suportar a demanda da superpopulação mundial, a extinção de espécimes animais, o esgotamento de recursos naturais não renováveis, a significativa supressão de vegetação essencial para a qualidade de vida e a pobreza em grande escala, é inevitável que surjam riscos para a vida em comum, riscos esses que ameaçam um número indeterminado e potencialmente grande de pessoas, e, até mesmo, de comprometer a vida humana no planeta.

Como exemplo podemos citar o agravamento do efeito estufa, a explosão das usinas nucleares de Chernobyl (Ucrânia, 1986), o acidente radioativo em Goiânia (Brasil, 1987), as bombas que destruíram Hiroshima e Nagasaki (Japão, em 1945), o rompimento da barragem em Mariana (Brasil, 2015) e, mais recentemente, o processo de afundamento do solo que atingiu os bairros do Pinheiro, Mutange, Bebedouro e Bom Parto no Município de Maceió, provocando a remoção de cerca de 40 mil pessoas das suas casas ou pontos comerciais e comprometendo cerca de 5,5% da área urbana da capital de Alagoas³.

Basta observarmos um caso de violação grave, de uma atrocidade cometida, de um crime que provoca a comiseração pública ou até mesmo uma sensação de medo generalizado, que perceberemos o clamor da sociedade por rigidez e tratamentos severos aos agentes. Muito disso ocorre em virtude das redes de comunicação atualmente existentes, as quais promovem a transmissão da notícia em tempo real, fazendo com que atos de criminalidade ganhem o conhecimento de todos de maneira exponencial, trazendo consigo a sensação de medo e insegurança⁴.

² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.p. 31

³ Senado Notícias, **Afundamento de bairros em Maceió e indenizações foram debatidos na CTF**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/11/24/afundamento-de-bairros-em-maceio-e-indenizacoes-foram-debatidos-na-ctfc#:~:text=O%20processo%20de%20afundamento%20atingiu,urbana%20da%20capital%20de%20Alagoas>. Acesso em 25 fev de 2022.

⁴ ALVES, Fernando de Brito; Kazmierczak, Luiz Fernando. **O Direito Penal diante da sociedade de risco: a criminalização motivada pelo medo**. Conpedi Law Review. 2016.

Os novos conflitos do mundo moderno, resultantes dessa nova criminalidade e do progresso tecnológico, revelam uma dificuldade em tratar do mundo atual por intermédio dos antigos conceitos de Direito, em especial, da forma de persecução penal e da tipificação de novas condutas. Esse novo momento em que vivemos tem sido classificado ou denominado como “sociedade de risco”, expressão que foi criada por Ulrich Beck, em 1986, na obra que leva esse nome, onde apresenta sua definição, surgimento, conteúdo e um estudo sobre os riscos na era moderna⁵.

Segundo o autor, a Sociedade do Risco é composta por uma série de interações globais onde pequenas decisões ou condutas simples – ou a falta delas – podem gerar, por uma vasta cadeia de conexões, consequências trágicas ao planeta. Exemplificando, Mendoza Buergo cita o buraco da camada de ozônio e a poluição atmosférica, que podem ser entendidos como consequências de pequenas decisões humanas, tomadas por diversas pessoas ao mesmo tempo e de forma involuntária⁶.

Nessa conjuntura, Ulrich Beck defende que no momento em que as implicações negativas provenientes do progresso tecnológico e do sistema de produção e consumo verificados na sociedade industrial clássica passaram a ameaçar os cidadãos, propiciando o aparecimento de novos riscos⁷ e fazendo com que estes comesçassem a “dominar os debates e conflitos públicos, tanto políticos e privados” houve a ruptura da “Sociedade Industrial Clássica” para a “Sociedade (industrial) do Risco”⁸

Ainda segundo o autor, os riscos da sociedade moderna são um produto histórico, não se tratando de uma invenção da era moderna, na medida em que as ações humanas e o seu desenvolvimento dos meios de produção fizeram com que os riscos fossem modificados ao longo da história, mas sempre presentes no contexto social⁹.

De acordo com Mendoza Buergo, diferentemente de antes, quando somente a natureza, com seus desastres, colocava em crise bens fundamentais, os riscos

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo. Editora 34, 2011 (2ª edição).

⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. 2001. p. 28

⁷ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: USP, 1997. p. 15.

⁸ Ibidem. 2011. p. 15.

⁹ Ibidem. 2011. p. 25-28.

produzidos hoje em dia são artificiais¹⁰, uma vez que são gerados pelo comportamento humano.

Ulrich Beck faz uma análise das diferenças entre as formas de riscos, afirmando que os riscos deixam de ser meramente pessoais passando para uma escala coletiva, global:

É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade como a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da Terra.¹¹

A definição terminológica facilita a compreensão do que seja a sociedade de riscos, nesse sentido, cumpre destacar que a origem do termo “risco” não é precisa. Anthony Giddens afirma que a palavra *risk* “parece ter encontrado o seu caminho para o inglês no século XVII e vem provavelmente de um termo náutico espanhol que significa correr para o perigo ou ir contra uma rocha”¹².

A existência do risco faz com que outro sentimento passe a se fazer presente no meio social, que é o medo. Ulrich Beck, ao analisar a sociedade moderna, afirma que as pessoas estão com mais medo em virtude de estarem correndo mais riscos.¹³

Vale ressaltar que “risco” não é fruto exclusivo do atual momento em que vive a sociedade. Ele sempre existiu e o que ocorreu foi uma nova roupagem em virtude das inovações tecnológicas e a sua potencialização. Com isso, apenas a condição da existência de novos riscos não seria capaz de formar uma nova categoria no direito penal.

Neste ponto, o autor Steven Pinker diverge sobre os fundamentos para justificar a existência do medo, apontando que não há razão para tanto, visto que “a violência vem diminuindo desde o passado distante, e hoje podemos estar vivendo a era mais pacífica que nossa espécie já atravessou”¹⁴.

¹⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. 2001. p. 26.

¹¹ *Ibidem*. 2011. p. 25

¹² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. trad.: Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 41.

¹³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo. Editora 34, 2011 (2ª edição).

¹⁴ PINKER, Steven. **Os anjos bons da nossa natureza: por que a violência diminuiu**. Tradução: Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 19

Colaborando com esse pensamento, Jesús-María Silva Sánchez afirma que “nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida”. Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança”¹⁵. Em outras palavras, existe uma elevadíssima “sensibilidade ao risco”, que faz com que os perigos reais sejam potencializados e provocando uma sensação de medo maior do que ela realmente é.

É característica dos novos riscos, também, o não conhecimento da extensão de seus danos, sendo necessário voltar maior atenção para a gravidade dos possíveis estragos provenientes das inovações tecnológicas e uma atuação penal não só repressiva, mas preventiva, visando contê-los.

No que se refere às relações econômicas, é certo que na sociedade industrial não havia a busca pelo estudo dos impactos e dos riscos que poderiam ser gerados por determinadas atividades, uma vez que a busca pelo aumento da produção e pelo avanço desenfreado justificavam os fins e sempre absorviam os riscos a elas inerentes¹⁶.

Na atual sociedade do risco, pelo contrário, quando se começou a perceber que as atividades industriais estavam acarretando mais malefícios do que o esperado com os seus meios de produção, surgiu o interesse universalizado na análise dos riscos que poderiam ser gerados por aquelas atividades. Os fins deixaram, por si só, de justificar os meios, como na sociedade industrial¹⁷.

Obviamente, existem setores da indústria que são diretamente prejudicados com a produção de atividades perigosas, ao tempo que há setores que se beneficiam diretamente da ocorrência de riscos, não somente como valor agregado aos novos meios de produção, mas como atividade econômica principal, como é o caso da “indústria produtora de filtros de contenção de poluição e de outros insumos necessários ao controle de riscos”¹⁸.

Em sendo assim, esses diferentes interesses acabam por gerar conflitos de interesse e econômicos, pois cada qual defenderá a forma de gerenciamento dos riscos que lhe seja mais favorável, o que acaba por estimular discursos políticos e

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3 ed. rev. e atual. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.40.

¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2010. p. 43.

¹⁷ Ibidem. 2010. p. 43.

¹⁸ Ibidem. 2010. p. 44.

sociais sobre o tema e, por consequência, por trazer uma sensação de insegurança subjetiva para toda a sociedade¹⁹.

Como não se dá para prever as consequências dos novos riscos, a ciência tem enfrentado dificuldades em estabelecer nexos de causalidade entre uma conduta e um resultado, bem como em alcançar consenso entre as constatações técnicas, o que se reverte em descrédito por parte da sociedade e acaba sendo utilizado como argumento aos interesses políticos e econômicos²⁰.

Diante de todo o exposto no presente capítulo, fica claro que a compreensão de toda essa situação pela qual está passando a sociedade é fundamental para o estudo do direito penal atual, uma vez que o risco é um fenômeno determinante na nova política criminal, cujo papel é tutelar os bens e interesses fundamentais para a vida em comum²¹.

¹⁹ MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. 2001. p. 30.

²⁰ GUIDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 2002. p. 46.

²¹ COSTA, Thaisa Dyala. **Direito Penal de garantia e proteção na sociedade de risco**. 2010. UNIVALI.

2. IMPLICAÇÕES DOS NOVOS RISCOS NO DIREITO PENAL

À vista do exposto no capítulo anterior, o Direito Penal tem sofrido uma verdadeira expansão, a qual tem por força motriz os reclamos sociais por uma maior segurança jurídica e social. A expansão do Direito Penal faz com que, há alguns anos, doutrinadores já discutam sobre “*derechos penales diferenciados*”, onde as ideias de “Direito Penal de Velocidades” de Silva Sánchez, as concepções de “Direito Penal do Inimigo” de Jakobs²² e a discussão em torno de um “Direito Penal de Intervenção” de Hassemer contribuam para esta multiplicidade de pensamentos em torno de um novo Direito Penal.

Essa sensação de incertezas proveniente da Sociedade dos Riscos acaba por atingir as normas que regem o convívio social, em especial o Direito Penal, que passa a ser insuflado a solucionar os problemas surgidos pela modernização da sociedade ou pelos riscos criados por esta modernização²³.

Essa exigência social é que dá causa à atual expansão do campo de atuação do Direito Penal. A norma incriminadora é chamada para cumprir o papel de instrumento de controle social por meio de uma política criminal específica.

No entanto, essa nova forma de atuação, à qual é incumbida a responsabilidade de normatizar os variados e complexos fenômenos sociais relacionados à concepção dos novos riscos, trouxe uma série de consequências à sistemática do Direito Penal. Assim que começou a atuar no gerenciamento dos novos riscos, constatou-se que o Direito Penal era limitado, incapaz de executar as tarefas que lhe foram confiadas. Desta forma, instituiu-se a relativização dos princípios e pressupostos tradicionais, nascendo, a partir daí, o que vem sendo chamado de Direito Penal do Risco²⁴.

Trilhando essa linha de pensamento, Silva Sánchez afirma que, “antes os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com

²² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org e trad. André Luís Callegari. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007

²³ ALVES, Fernando de Brito; Kazmierczak, Luiz Fernando. **O Direito Penal diante da sociedade de risco: a criminalização motivada pelo medo**. *Conpedi Law Review*. 2016. p. 16

²⁴ COSTA, Thaisa Dyala da; BODNAR, Zenildo. *Direito Penal de garantia e proteção na sociedade de risco*. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. p. 7.

maior claridade demandas de uma ampliação de proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança”²⁵.

Diante dessa conjuntura, o Direito Penal passou a buscar reprimir comportamentos potencialmente danosos através de uma mudança de paradigmas, onde

O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independentemente de suas consequências concretas²⁶.

A determinação dos limites de atuação do Direito Penal, diante de uma sociedade de riscos, passa a ser a antecipação da punição de condutas, as quais podem, ainda que abstratamente, colocar em risco toda a coletividade ou bens jurídicos de relevante valor.

Neste diapasão, Cláudio do Prado Amaral afirma que

Há substituição de uma orientação individual por uma plural. Ao lado da proteção de bens jurídicos individuais, ingressam com preponderância os chamados bens jurídicos coletivos ou supra-individuais como “novo” alvo de proteção penal mais relevante que a ação com resultado naturalístico é a ação cujo resultado somente se percebe de forma projetada por probabilidades, ou meras possibilidades, ou ainda, conjecturas. Antecipa-se o momento punitivo. Também, sobreleva-se a comissão por omissão.²⁷

Consubstanciado no pensamento acima, Cláudio do Prado Amaral defende que o Direito Penal deve definir qual será o risco penalmente relevante, com a necessária atualização dos conceitos básicos que compõe a estrutura do crime, como ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Mas, reforça que isso não significaria adotar uma dualidade entre “direito penal comum” e “direito penal do risco”. A menção a um “direito penal do risco” teria apenas o objetivo de identificar novas posturas de políticas-criminais para se promover um ideal de segurança, o qual a sociedade anseia.²⁸

Prossegue Cláudio do Prado Amaral dizendo que

admitir a sociedade de risco como um ‘conceito-chave’ para um direito penal do ‘risco’ implicaria um difícil desdobramento epistemológico do direito

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. op.cit., 2013, p. 51.

²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 88.

²⁷ 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. p. 118-119

²⁸ Ibidem. 2007. p. 122-125

penal, na medida em que prevê a flexibilização de garantias penais fundamentais. E por isso o problema, a meu ver, reside mais em saber como a dogmática deve tratar a nova realidade social de novos e intensificados riscos, e menos em preocupar-se com a apreciação e desenvolvimento de um novo direito penal²⁹.

Noutro giro, Cornelius Prittwitz defende a existência de um “Direito Penal do Risco”, o qual define como sendo uma nova forma de entender e agir dentro do Direito Penal. No que pese ao conteúdo desse direito penal do risco, o próprio autor define os contornos dessa nova “realidade”:

O que surgiu foi um direito penal do risco que, longe de qualquer ambição de permanecer fragmentário, sofreu uma mutação para um direito penal expansivo. Isto não é necessariamente assim em teoria, mas empiricamente comprovável. A insinuação de tridimensionalidade etimologicamente próxima e intencional obtida com o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.³⁰

Além dessas características apontadas, no Direito Penal da Sociedade do Risco, a tipificação de determinada conduta não é realizada porque é considerada como um comportamento socialmente inadequado, mas com o fim de que seja considerado, ou visto pela sociedade, como socialmente inadequado.

Em outras palavras, inverte-se a dogmática clássica da tipificação de condutas, que primeiro eram consideradas intoleradas pelo meio social para depois galgarem proteção penal³¹.

Cumprido esclarecer que o Direito Penal do Risco não se confunde com o Direito Penal do Inimigo, enquanto o primeiro descreve uma mudança no modo de entender e agir a ciência penal em face dos riscos apresentados por essa nova sociedade, o segundo “é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada”³².

²⁹ Ibidem. 2007. p. 124.

³⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12 nº. 47 mar.-abril 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.39

³¹ ALVES, Fernando de Brito; Kazmierczak, Luiz Fernando. 2016. p. 18.

³² PRITTWITZ, Cornelius. 2004. p. 32

É neste solo fértil que nasce a visão distorcida do Direito Penal, como sendo um instrumento de vingança e de retribuição à crueldade, onde se clama por uma punição “exemplar” ao infrator.

2.1 Evolução histórico-conceitual do bem jurídico

A premissa basilar encontrada em qualquer inserção *prima facie* nos estudos do Direito Penal é a de que o “Direito Penal se funda na proteção de bens jurídicos da sociedade e na defesa da ordem pública”³³, surgindo como uma forma de delimitação do *jus puniendi* do Estado.

A ideia de bem jurídico-penal surgiu com a filosofia penal iluminista - a qual tinha como postulado a garantia dos bens individuais diante do arbítrio judicial e da gravidade das penas - e com o nascimento do Direito Penal moderno³⁴. Para tanto, a filosofia penal iluminista formulou um conceito material de delito: “violação de um direito subjetivo variável, de acordo com a alteração da espécie delitiva e pertencente à pessoa do Estado”³⁵.

Nesse diapasão, no final do século XVIII, Feuerbach apresentou sua teoria dos direitos subjetivos baseada no pensamento do contrato social. Para o estudioso, o Estado só poderia intervir penalmente quando houvesse um delito que lesionasse algum direito do cidadão. Assim, a lesão aos direitos subjetivos dos membros da sociedade burguesa era tida como núcleo do delito³⁶.

Nesse contexto, no período da Escola História do Direito, em 1834, Birnbaum publicou seu estudo sobre a tutela da honra - *Über das Erforderniss einer Rechtsgutverletzung zum Begriff des Verbrechens* – que repaginou, completamente, o Direito Penal. É a partir dessa concepção que se introduz no direito penal a ideia de bem, substituindo, definitivamente, o então vigente conceito de direito subjetivo³⁷.

³³ SÁNCHEZ-MIGALLON PARRA, Maria Victoria. El Bien Jurídico protegido en el delito ecológico. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29. Madri-1996, p. 333.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 21.

³⁵ *Ibidem*. 1996. p. 23.

³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

³⁷ SILVA, Ivan Luiz. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, 2013, p. 65-74.

Noutro giro, Karl Binding argumentava que o delito consistia na lesão a um direito subjetivo do Estado, havendo, contudo, total correlação entre a norma e o bem jurídico³⁸. Definiu o bem jurídico como sendo “tudo aquilo que, aos olhos do legislador, tem um valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos”³⁹. Assim sendo, as formulações de Binding alicerçam a moderna concepção de bem jurídico.

De modo diverso, porém no mesmo contexto do positivismo clássico alemão, Franz von Liszt apresenta a proposta do positivismo voltada ao naturalismo-sociológico, entendendo que o bem jurídico não é um bem do Direito ou da Ordem Jurídica, mas sim um bem do homem, o qual o direito deve reconhecer e proteger. Em síntese, para Liszt, o Direito tem a finalidade de tutelar os interesses da vida humana, pois “a proteção de interesses é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz”⁴⁰.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve uma revalorização do conceito de bem jurídico, por parte da doutrina, no sentido de se determinarem os limites da intervenção penal⁴¹. Nessa linha de entendimento do bem jurídico como sendo constitucionalmente restrito, os bens jurídicos suscetíveis de tutela penal devem, obrigatoriamente, refletir os valores dispostos no texto constitucional. Por consequência, apenas na Carta Magna podem ser encontrados os bens jurídicos penais, que também devem representar os bens socialmente relevantes⁴².

Em sendo assim, nas palavras de Machado e Giacomo, “um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só se pode derivar a partir da nossa Lei Fundamental e do Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo”⁴³, através das quais se marcam os limites ao poder punitivo do Estado.

2.2 Aspectos Conceituais do bem jurídico

É certo que, apesar das inúmeras discussões em torno do conceito “preciso” de bem jurídico, há na doutrina um consenso sobre o seu núcleo essencial, o qual

³⁸ SILVEIRA, 2003, p. 43.

³⁹ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, p. 194.

⁴⁰ Ibidem. 2003, p. 139.

⁴¹ SILVEIRA, 2003, p. 48

⁴² BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 47-48

⁴³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. Dos bens jurídicos supra-individuais de conteúdo difuso como o meio ambiente. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 7.

se refere a todo interesse humano que requer proteção penal, “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁴⁴. Assim sendo, o bem jurídico é o ponto de partida para a formação do tipo penal e, dada essa importância, imperioso se faz determinar seu conceito com precisão.

A conceituação do bem jurídico variou conforme o contexto histórico e jurídico, isso porque, o bem jurídico é concebido como um produto “de um sistema concreto de relações sociais em determinado período”⁴⁵.

Para Jescheck, os bens jurídicos “são bens vitais e indispensáveis para a convivência humana em comunidade que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal”⁴⁶.

Welzel, por sua vez, entende que “bem jurídico é um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. (...) é todo estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”⁴⁷.

Noutro giro, no Direito Penal Brasileiro, Régis Prado ensina que “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”⁴⁸. Esses bens são indicados de forma específica pela própria Constituição.

Assim, Régis Prado afirma que

“o conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sobre o qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e um dado momento histórico-cultural”⁴⁹.

Por seu turno, leciona Alice Bianchini que a ausência de uma delimitação concreta no que seriam os bens jurídicos penalmente relevantes decorre de uma

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62-63

⁴⁵ BIANCHINI, 2002, p. 37-39.

⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 6.

⁴⁷ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte geral. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 5.

⁴⁸ PRADO, 1996, p. 56.

⁴⁹ Ibidem, 1996, p. 73.

limitação fática, uma vez que é “impossível aprisionar o bem jurídico num conceito hermético, que esgote qualquer dúvida em relação ao seu conteúdo”⁵⁰.

Ainda segundo a autora,

“um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação desta classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. Em um Estado social e democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem. A seleção dos bens jurídicos, a fim de contemplar os interesses individuais, à vista das necessidades concretas do indivíduo, encontra-se sujeita a limitações impostas ao Estado, no exercício do *jus puniendi*”⁵¹.

Com efeito, Luigi Ferrajoli aduz que a delimitação dos bens jurídicos pode ser realizada por meio de critérios negativos, que se fundam nos princípios da intervenção mínima. Esses critérios negativos de deslegitimação, expressão cunhada pelo próprio autor, utilizam-se dos seguintes parâmetros de verificação: a) o da irrelevância do bem tutelado; b) o da ausência de lesão efetiva do comportamento; c) o da necessidade da tutela penal; e, por último, d) o da análise da efetividade do sistema. Assim, apenas após essa verificação, pode-se afirmar, não sem o risco de uma incorreção, que a tutela penal de um bem jurídico é legítima.⁵²

Desse modo, no que tange ao aspecto conceitual do bem jurídico-penal, o máximo que se alcança é fixar algumas noções orientadoras constitutivas que lhe dão contorno.

Assim, os parâmetros de verificação da legitimidade ou ilegitimidade do bem jurídico baseadas nos princípios da intervenção mínima e exclusiva proteção do bem jurídico, podem ser apresentados no seguinte axioma: “Dever de criminalizar condutas que atentem ou exponham a perigo concreto bens imprescindíveis a uma qualificação existência do indivíduo em sociedade”⁵³.

2.3 O bem jurídico e a sociedade do risco

⁵⁰ BIANCHINI, 2002, p. 42.

⁵¹ *Ibidem*, 2002, p. 41.

⁵² FERRAJOLI apud BIANCHINI, 2002, p. 42.

⁵³ BIANCHINI, 2002, p. 51

Conforme se discutiu no tópico destinado a tratar da sociedade do risco, o desenvolvimento tecnológico criou uma série de riscos que se manifestam como ameaças à coletividade. Desse modo, consoante se depreende da análise do bem jurídico, há de se entender que se faz necessário o tratamento penal destas ameaças.

Assim, consoante ao que já foi apontado, logo se verifica que tais situações transcendem a lesão de um bem individual, ligado a uma vítima bem definida. Os riscos tecnológicos e seus efeitos macrossociais direcionam a preocupação da sociedade à proteção dos interesses supra-individuais, universais ou coletivos, convocando o Direito Penal para intervir nesta área⁵⁴.

Na perspectiva da teoria do bem jurídico, conforme discutido anteriormente, as consequências da intervenção do Direito Penal no enfrentamento desses novos riscos reportam a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no distanciamento da objetividade natural, bem como de seu eixo individual para focar a intervenção penal na proteção dos bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos, o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de desmaterialização do bem jurídico⁵⁵.

É nesse contexto que a desmaterialização do bem jurídico traz sérias consequências dogmáticas e político-criminais que afetam questões centrais, como a delimitação clara e precisa do bem jurídico tutelado em cada caso, para que se possa determinar se o mesmo é lesionado ou somente posto em perigo; também para que se possa estabelecer a relação de causalidade entre a conduta e seus possíveis efeitos.

Como se não bastassem todas essas dificuldades, existe ainda o agravante da combinação da tutela destes novos bem jurídicos importando na antecipação da tutela penal, que se faz através da utilização dos crimes de perigo abstrato.

A grande discussão existente na doutrina acerca do assunto, consiste na dificuldade em estabelecer critérios que diferenciem quando ocorre efetiva lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos de conteúdo difuso ou quando, na verdade, o que

⁵⁴ MACHADO e GIACOMO, 2007, p. 7.

⁵⁵ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, p. 103.

ocorreu foi a mera transgressão de uma norma de natureza administrativa, desprovida do conteúdo de reprovabilidade da norma penal incriminadora, cuja característica é o menor conteúdo do injusto.

Se antes o Direito Penal se servia do bem jurídico como referencial material apto a suportar o tipo e como base da ilicitude material, agora também está orientado à proteção de “funções” cada vez mais amplas e de desenho cada vez menos apreensível⁵⁶.

Assim, segundo Mir Puig, ocorre a orientação do Direito Penal voltada a proteção de circunstâncias cada vez mais genéricas, relacionadas com fenômenos de dimensões estruturais, globais ou sistêmicas, as quais as contribuições individuais são de baixa intensidade⁵⁷. Nota-se que há uma supervalorização do interesse coletivo em detrimento do particular como sintoma da administrativização, o que se protege neste momento são contextos genéricos e de questionável potencialidade crítica.

Nesse contexto, os bens jurídicos de conteúdo difuso ou coletivo tornam-se objetos autônomos de tutela e a tendência não é apenas a “descrição de formas concretas de lesão do bem jurídico, mas sim a descrição de situações de perigo abstrato que se situam em uma fase prévia à produção do dano”⁵⁸, de modo que os referenciais materiais precisos são abandonados, bem como a noção de lesão que antes se adotava.

O exemplo mais evidente de tudo quanto foi exposto acerca da tendência administrativizadora é, inevitavelmente, a tutela jurídico-penal do meio ambiente, como veremos em capítulo oportuno.

Cumprе destacar que os direitos difusos são direitos sociais, chamados de direitos de terceira geração, imprescindíveis ao desenvolvimento pleno do ser humano, como direitos de bem-estar. Portanto, sempre que se for verificar uma conduta geradora de riscos ao bem jurídico-penal de modo apto a desencadear legitimamente a intervenção penal, deve ser também verificado o conteúdo material

⁵⁶ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade. São Paulo: IBCCRIM, p. 118.

⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. Estudios Penales y Criminológicos, t. XIV, Santiago de Compostela, p. 205.

⁵⁸ ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p.

do injusto. Tal análise legitima a intervenção penal pelo fato de que o Direito Penal é idôneo para a tutela subsidiária de bens da vida.

Assim sendo, podemos justificar que a proteção dos bens jurídicos difusos – supraindividuais – reside no contorno assumido pelo Direito Penal de ser o último instrumento de garante social. Por essa razão, para que a sociedade se mantenha progredindo, certas condutas devem ser reprimidas ainda que se manifestem de forma abstrata.

Para tanto, a dogmática penal deve ampliar seu campo de atuação e aplicação, buscando dar a melhor solução aos problemas advindos da sociedade do risco, os quais não são solucionados pelo Direito Penal Tradicional.

2.4 Espiritualização do bem jurídico

O Direito Penal, buscando evitar resultados danosos à sociedade e punir os novos riscos inerentes a ela, passou a ampliar os limites dos bem jurídicos. No entanto, com o excessivo alargamento e reconhecimento de bens supraindividuais merecedores de tutela penal, o conceito de bem jurídico passou por um processo de dissolução, o qual “passa a ser utilizado não mais como instrumento limitador da atuação do direito penal, mas, pelo contrário, surge como um critério para exigir a intervenção penal”⁵⁹.

A espiritualização do bem jurídico consiste justamente nessa atuação preventiva do Direito Penal e caracteriza-se pela sua ampliação e transindividualidade, a qual torna o bem jurídico imaterial e abstrato, diferentemente do modelo clássico, onde se tutelavam apenas bens materiais e determinados⁶⁰.

Alguns autores, a exemplo de Marta Rodriguez de Assis Machado, defendem que a desvinculação da norma penal do conceito clássico de bem jurídico acarreta na tendência político-criminal de sua utilização como uma ferramenta de reforço das normas administrativas. Nas palavras da autora:

“[...] ensaia-se a utilização do direito penal como alternativa de controle de condutas danosas a interesses funcionais para o bem-estar da coletividade,

⁵⁹ SOUZA, Vanessa Lima de; MARQUES, Glauco Roberto Moreira. Antecipação da Tutela Penal e Direito Penal Simbólico. Cento Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. ISSN 21-76-8498. p. 8.

⁶⁰ Ibidem. p. 8.

notadamente a coesão e a credibilidade do ordenamento jurídico, e do reforço das normas e funções administrativas”⁶¹.

Assim, diante da dificuldade de uma definição, o legislador penal opta por criar tipos penais vagos, abertos e imprecisos.

Como dito anteriormente, o clamor social por maior tutela penal decorre da insegurança causada pelos avanços da sociedade moderna, da facilidade de comunicação e de troca informações, do rompimento de fronteiras e principalmente dos novos meios de delinquir que este mesmo avanço possibilitou.

Estes sentimentos são intensificados, cada dia mais, através dos veículos de informação, os quais transmitem informações de maneira exagerada a respeito dos atos de violência e criminalidade e adotam discursos críticos e radicais acerca da ineficácia das leis penais e da necessidade de leis e penas mais severas.

Tais informações incitam a opinião pública de modo que a sociedade passa a desacreditar no poder punitivo do estado e clamam por mais segurança, pela punição mais severa aos transgressores das leis e por uma maior criminalização.

Por consequência, o legislador penal, pretendendo restabelecer a credibilidade do Estado e responder aos clamores da sociedade, se utiliza do Direito Penal, para imprimir uma maior e mais severa criminalização, almejando com isso acalmar a opinião pública e transmitir à sociedade tutelada uma falsa sensação de segurança.

Essa utilização do Direito Penal é denominada pela doutrina como Direito Penal Simbólico, consistindo em um método legislativo de multiplicação da criminalização de condutas que, desvinculadas da sua função primordial, visam somente dar uma resposta imediata aos anseios sociais para acalmar a opinião pública e midiática, demonstrando “eficaz” reação do Estado perante as variadas formas de criminalidade.

Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini aduz que:

A utilização meramente simbólica das normas, como ensina HASSEMER, faz predominar as funções latentes, implícitas do direito penal, como a necessidade de tranquilizar os cidadãos e de mostrar um Estado eficaz e interventor, sobre a tutela efetiva de bens jurídicos⁶².

Desta forma, embora se reconheça a proteção de interesses difusos legítima, é inadmissível a utilização da mais grave forma de intervenção na vida do indivíduo, apenas para acalmar anseios sociais ou demonstrar uma atuação eficaz perante

⁶¹ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, p. 111.

⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2010. p. 192.

situações emergenciais, sem qualquer observação aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

2.5 Da antecipação da Tutela Penal

Em decorrência da espiritualização do bem jurídico penal e do Direito Penal Simbólico, houve a necessidade de reavaliação da dogmática penal tradicional a fim de adequá-la ao novo contexto social a partir de relevantes modificações na legislação penal, iniciando-se o processo de expansão do direito penal.

Este processo de expansão é caracterizado pela antecipação da tutela penal, onde o Direito Penal passa a orientar seus institutos à prevenção e à inibição de atividades no momento que antecede à causação de um mal, antes mesmo da afetação do bem jurídico protegido⁶³.

Corrobora com esse entendimento o pensamento de Marta Rodriguez de Assiss Machado:

É nessa linha de atuação que se insere uma tendência de criminalização em âmbito prévio, cujo principal instrumento é o uso crescente das incriminações de perigo abstrato, que são por excelência categorias voltadas à antecipação da intervenção penal estatal⁶⁴.

Cada vez mais há a proibição de condutas sem que haja um dano efetivo ou possibilidade concreta de dano ao bem jurídico. Pois, diante a situações emergenciais o legislador se vale de tipificação de condutas vagas e imprecisas, sem qualquer vinculação a princípios limitadores da atuação do direito penal.

Com esta atuação, o direito penal deixa de lado a subsidiariedade e amplia seu âmbito de atuação adotando uma política criminal caracterizada antecipação da tutela penal que busca prevenir futuros delitos.

Os delitos de perigo são os instrumentos utilizados pelo direito penal para a antecipação da tutela penal visando proteger determinados bens jurídicos de titularidade coletiva que considera relevante.

Nesse sentido, a antecipação da tutela penal pode ser entendida como a criação de tipos penais criminalizadores de condutas que, por vezes, nem deveriam ser consideradas criminosas, por não terem qualquer vinculação a bens jurídicos relevantes.

⁶³ Ibdem, p. 88.

⁶⁴ MACHADO, 2005, p.129

De acordo com Binding, os delitos de perigo existem desde os tempos remotos, na antiga Roma, por exemplo, incriminava-se o fato de colocar um vasilhame sobre o peitoril da janela, mesmo que não causasse lesão aos transeuntes⁶⁵.

Importa destacar a classificação das normas penais criada pelo mesmo autor, segundo leciona Pierpaolo Cruz Bottini, Binding classificou as normas penais em: proibição de lesão (*Verletzungsverbote*); proibições de perigo (*Gefährdungsverbote*); e infrações de polícia ou delitos de desobediência (*Ungehorsamsstrafe*)⁶⁶.

No entendimento do autor, as proibições de lesões são aquelas referentes ao dano efetivo do bem jurídico, o que possibilita relacioná-las com o desvalor do resultado. Por outro lado, as proibições de perigo são aquelas que vedam comportamentos geradores de perigo concreto ou apto à produção de lesão. Por último, nas infrações de polícia ou delitos de desobediência, segundo a classificação Binding, o injusto penal se caracteriza pela simples prática da conduta, sendo desnecessária a existência de perigo concreto ou de periculosidade na conduta.

Em virtude da ausência de vinculação da conduta com resultados exteriores, esta última classificação era severamente criticada por Binding, segundo o autor “uma norma penal dirigida à conduta, sem referência a uma modificação exterior do mundo, não é legítima, porque dirige a sanção penal à mera desobediência”⁶⁷.

Esta definição de infrações de polícia – ou delitos de desobediência – formulada por Binding se aproxima bastante da forma atual dos denominados crimes de perigo abstrato.

2.6. Crimes de Perigo e Crimes de Dano

Para facilitar o estudo e compreensão acerca dos tipos penais, a doutrina traz inúmeras classificações a seu respeito. Por exemplo, quanto à existência de resultado, a doutrina classifica os tipos penais em crimes materiais, crimes formais e crimes de mera conduta.

⁶⁵ BINDING apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. *Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 51.

⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2010. p. 128.

⁶⁷ *Ibidem*, 2010, p. 130.

Quanto ao momento da proteção do bem jurídico ou quanto à existência de lesão efetiva ao bem jurídico, os crimes se classificam em crimes de perigo e crimes de dano.

Os tipos de dano são “os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico”⁶⁸. Em outras palavras, são os crimes que só se consumam com a perda real do bem jurídico, como por exemplo o crime de homicídio previsto no artigo 121 do CP.

Por seu turno, os crimes de perigo “são os que se consumam tão-só com a possibilidade do dano”⁶⁹. Como exemplo podemos citar o crime de periclitación previsto no artigo 132 do Código Penal: “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”. O crime de perigo pode ser concreto ou abstrato.

O crime de perigo concreto é aquele que necessita de comprovação do perigo. Como exemplo podemos citar o crime previsto no Código de Trânsito Brasileiro – CTB, art. 309 – “Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”. Dessa forma, no caso concreto, é necessária a demonstração do efetivo perigo para sua caracterização, não basta apenas a realização da conduta, pois, segundo o melhor entendimento doutrinário, o perigo é elemento do tipo.

Diferentemente dos crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato se consumam com a simples prática da conduta descrita no tipo penal. Ainda que, no caso concreto, não se verifique a exposição de perigo ao bem jurídico, pois o perigo já é presumido na conduta. É assim que entende Marta Rodriguez de Assis Machado quando aduz que:

As normas de perigo abstrato, em contrapartida, têm como objeto comportamentos que não se definem em função de uma determinada consequência. Castigam a simples realização de determinada conduta imaginadamente perigosa, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. A periculosidade da conduta típica é determinada ex ante, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na ideia de mera probabilidade. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de m ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa⁷⁰.

⁶⁸ JESUS, Damásio Evangelista de Jesus. Direito penal. 20 ed. Vol1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 187.

⁶⁹ Ibdem, 1997, p. 167.

⁷⁰ MACHADO, 2005, p. 130.

Como exemplo de crime de perigo abstrato (presumido) podemos citar o porte ilegal de arma de fogo, previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003.

Nesse sentido, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, entendeu no Agravo Regimental no Agravo em recurso Especial 1748322 que

“Nos crimes de perigo abstrato, dentre eles o previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, presume-se que o agente, ao realizar a conduta descrita na norma incriminadora, expõe o bem jurídico tutelado a risco, prescindindo de demonstração de efetiva situação de perigo. Assim, ao contrário do que sustenta o agravante, o porte de munição, mesmo que desacompanhado da correspondente arma de fogo, configura conduta típica”⁷¹.

O direito penal lida com bens fundamentais e por este motivo, a matéria presunção deve ser observada cuidadosamente. Guilherme Rodrigues Batalini afirma que “o direito penal não pode inculcar perigo em uma conduta, pode, no máximo, reconhecer a existência desse perigo, mas jamais presumi-lo, criá-lo, sob pena de inconstitucionalidade”⁷².

Como visto, parte da doutrina critica a criação de crimes de perigo abstrato sob a justificativa de haver violação do princípio da ofensividade.

2.7 Princípio da ofensividade (*Nullum Crimen sine iniuria*)

O princípio da ofensividade tem como fundamento o clássico princípio *neminem laedere* – a ninguém prejudicar, ofender, lesionar) e parte da premissa de que não há crime sem ofensa a bem jurídico (*nullum Crimen sine iniuria*). Apenas as condutas que causem lesão a bem jurídico podem se sujeitar ao Direito Penal.

Palazzo aduz que, pelo princípio da ofensividade, o fato “não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou simplesmente perigoso) ao bem jurídico tutelado”⁷³. Ao aplicar-se o princípio da ofensividade, opera-se uma das funções do bem jurídico, consistente em limitar o exercício do direito de punir estatal⁷⁴.

⁷¹ STJ, 5ª T., AgRg no AREsp 1748322, j. 24/11/2020.

⁷² BATALINI, Guilherme Rodrigues. Da atipicidade da arma de fogo desmuniçada: a inconstitucionalidade da super antecipação da punição. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2012.2012, p. 46

⁷³ PALAZZO, Francesco C. Valores constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 79.

⁷⁴ BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54.

O princípio da ofensividade é dirigido ao legislador para que se atente na fase de elaboração da lei penal e também ao julgador no momento de interpretar e aplicar a lei penal.

Parte da doutrina critica a criação de crimes de perigo abstrato sob a justificativa de haver violação do princípio da ofensividade. Sobre a temática, destaca-se a seguinte decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde e etc.

Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional⁷⁵.

Resta claro que a doutrina defende como premissa fundamental do Direito Penal a defesa dos bens jurídicos, segundo parte expressiva da doutrina, o Direito Penal deve apenas intervir para proteger interesses essenciais à manutenção da vida e garantir a ordem social.

Noutro giro, parcela da doutrina defende que a concepção individualista de bem jurídico deve ser ultrapassada, uma vez que existem áreas de interesses de conteúdo difuso que são por natureza mais amplas e por conta disso mostram-se mais importantes do que os interesses individuais, e, por isto, precisam ser protegidas pelo Direito Penal através de sua atuação político-criminal dotada de valores preventivos, fatos estes que serão expostos no capítulo seguinte.

No capítulo seguinte, demonstraremos que a ampliação do conceito de bem jurídico, pretendendo abranger bens jurídicos de conteúdo difuso, como o meio ambiente, se faz tanto porquanto necessária à efetiva tutela que requer esse bem tão precioso face a sua exploração pelo homem.

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 102087, j. 28/02/2012.

3. O BEM JURÍDICO AMBIENTAL

A manutenção do meio ambiente é uma das maiores preocupações do século, muito tem se falado sobre a preservação dos recursos naturais e as dificuldades enfrentadas pela sociedade frente às inovações tecnológicas que os devastam, no entanto, apesar de ser amplamente discutido, na maioria das vezes o meio ambiente é definido de maneira simplória como sendo o meio onde os seres – humanos, animais, fauna e flora – vivem⁷⁶.

O meio ambiente é um bem jurídico difuso, destituído de conteúdo patrimonial direto e imediato, pertencente a toda coletividade e merecedor de diferenciada e especial proteção. A tudo isso, deve-se acrescentar o fato de que a proteção ao meio ambiente, quase que invariavelmente, colide com os interesses econômicos, os quais, sob a retórica do progresso, tentam justificar suas violações.

Rocha leciona que o meio ambiente natural consiste em:

[...] o espaço físico transformado pela ação continuada e persistente do homem com o objetivo de estabelecer relações sociais, viver em sociedade. É composto pelo meio ambiente urbano, periférico e rural. Por meio ambiente urbano entendemos o meio ambiente constituído por espaço urbano, edificações, equipamentos públicos. Está associado à própria complexidade de nossas cidades: o ambiente citadino. Por outro lado, o meio ambiente rural pode ser conceituado como o espaço onde se desenvolvem as relações pertencentes ao campo, os ambiente rústicos. O meio ambiente periférico deriva da própria expansão desordenada da metrópole, que empurra as populações para regiões marginais nas cercanias da cidade, os subúrbios.

Imperioso frisar que a destruição progressiva e irracional dos recursos naturais, caracterizada pelo uso nocivo da propriedade imobiliária e dos respectivos recursos naturais – águas, ar, solo, subsolo, flora, fauna hídricas e terrestres, vem preocupando a comunidade científica dos diversos campos, em face dos iminentes riscos que envolvem a própria sobrevivência humana⁷⁷.

Reconhecendo a necessária proteção que o bem jurídico ambiental requer e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal de 1988 procurou dar ao meio ambiente a proteção necessária para sua garantia, para tanto, atribuiu a todos a responsabilidade pela defesa da vida sadia para esta e para

⁷⁶ ROCHA, Julio César de Sá da. Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica. p. 23-24.

⁷⁷ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental. p. 2.

as futuras gerações, atribuiu responsabilidades ao Poder Público sem excluir a responsabilidade dos cidadãos, nos termos do artigo 225 do Texto Magno.

Em decorrência do progresso científico, tecnológico, econômico e social, além da explosão demográfica, o meio ambiente foi posto de lado o que resultou em uma deploração ambiental com consequências inimagináveis.

Segundos aduz Custódio:

grave é a problemática da poluição ambiental em todos os setores da vida em sociedade, decorrentes de condutas e atividades gradualmente diversas e perigosas ou arriscadas, com a preocupante explosão de danos ambientais, geralmente incalculáveis e irreparáveis, contra as pessoas físicas e jurídicas, de direito público e de direito privado, contra o seu patrimônio (público ou privado), com reflexos prejudiciais ao próprio País. Os graves e crescentes problemas dos alarmantes danos ambientais, tanto na zona urbana e na periferia desta como na zona rural, impõem séria reflexão permanente e imediata ação, de forma especial por parte da comunidade científico-jurídica, perante os Poderes Públicos e Privados competentes, não só para as soluções repressivas de tais danos mediante a responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, mas especialmente para as soluções preventivas mediante a previsão dos riscos de poluição por atividades ou condutas perigosas, a prevenção dos efeitos danosos, com a adoção de medidas conscientizadoras e de tecnologias, gradativamente, redutoras ou eliminadoras dos danos ambientais⁷⁸.

Diante da evidente necessidade de tratar do meio ambiente com o zelo que este requer e frente aos acontecimentos globais, a legislação brasileira vem enfrentando o assunto maciçamente. Assim, pode-se observar no decorrer das décadas o interesse do legislador em abordar a questão do meio ambiente, sendo as datas de 1965 e 1967 marcos importantes para a ascensão de leis como o novo Código Florestal (Lei n. 4.771) e Lei n. 5.197, e, em 1981, a vigência da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Em consonância com a elaboração das leis ambientais, a Constituição da República Federativa de 1988 foi uma inovação para o sistema normativo brasileiro, sendo a primeira constituição federal a tratar do meio ambiente, para tanto, Almeida afirma que: “De imediato constatamos que a preocupação ambiental é fato recente. Nas constituições anteriores à de 1988, não havia dispositivos expressos de proteção ambiental, contudo elas traziam, em sua maioria, mecanismos protecionistas relacionados à extração mineral e à agricultura.”⁷⁹.

Diante de toda a devastação do meio ambiente realizada pelo homem, a sociedade do risco criou uma situação delicada perante a natureza e o ecossistema

⁷⁸ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental. p. 405.

⁷⁹ ALMEIDA, Humberto Mariano de. Mineração e meio ambiente na Constituição Federal. p. 69.

em geral. Para tanto, as intervenções do Direito Penal estão sendo dispersadas no sentido de cessar essa movimentação negativa e iniciar uma conscientização forçada por meio da política criminal.

A sociedade atual exige que os direitos ambientais sejam palco de discussão na via judiciária, pois essa abertura resultará no exercício da cidadania e, como consequência, na conscientização ambiental.

Constata-se o perigo da sociedade de risco perante o acontecimento de lesões individuais e coletivas as quais podem dar-se materialmente, patrimonialmente, moralmente ou fisicamente, através da contaminação, agressões à saúde, entre outros pois a grande dificuldade da modernidade é efetivar comunidades sustentáveis sem minorizar as chances das gerações futuras perante o meio ambiente⁸⁰.

A sociedade de risco necessita de medidas urgentes para que esta situação não perfaça com que as futuras gerações não tenham condições mínimas de meio ambiente, reduzindo em todas as formas suas condições de vida. Para a responsabilização das pessoas e para o investimento na cooperação e solidariedade perante as questões ambientais é preciso a construção de uma ética ambiental e prática política comprometida que esteja enfocada na responsabilidade de cada ser perante suas atuações⁸¹.

Hassemer parte da constatação de que o Direito Penal que procura minimizar a insegurança oriunda de uma sociedade de riscos e dirigir processos e relações causais complexos, altera substancialmente seus conceitos dogmáticos e se afasta de sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social, e se torna um instrumento em busca do controle de grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente⁸².

Ainda segundo o mesmo autor, existem quatro razões para considerar que o Direito Penal não é adequado para resolver os problemas típicos da tutela ambiental.

A primeira razão é a acessoriedade administrativa. Partindo-se do pressuposto de que o Direito Penal não intervém autonomamente, posto que se

⁸⁰ ALMEIDA, Humberto Mariano de. Mineração e meio ambiente na Constituição Federal. p. 24.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim G. "Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais". In: Revista Jurídica Consulex. p. 43.

⁸² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op cit., p. 98

torna dependente do Direito Administrativo, há na verdade uma transformação do primeiro para se tornar um instrumento auxiliar da Administração Pública, passando a depender da intervenção desta.

A segunda razão, diz respeito à imputação da responsabilidade criminal, pois enquanto o Direito Penal continuar a incluir a privação de liberdade no respectivo rol de sanções, não poderá abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais, imprescindíveis no Direito Penal clássico.

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

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

Como discutido anteriormente, a crítica doutrinária, de modo geral, gira em torno da utilização do Direito Penal para as demandas da sociedade do risco, já que tal fato traz grandes sequelas, quer seja, a desformalização e a flexibilização que, em última análise, produzem uma erosão do Direito Penal garantista do Estado de Direito, além de deslocá-lo de seu tradicional posto de atuação que é o da *ultima ratio*⁸³.

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

Nesse ponto, entendemos que o Direito Penal não pode se transformar em um estandarte das demandas sociais mais conjunturais, superficiais ou meramente verbalizadas.

Há, na doutrina, diversas teorias relacionadas à forma que deverá ocorrer a intervenção penal. Jesus-María Silva Sánchez, por exemplo, é um dos autores que adota uma postura intermediária no embate entre as teses expansionistas e as teses

⁸³ MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Sociedade do risco e direito penal. : uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias/IBCCRIM; 34), p. 190

garantistas de Direito Penal. Em síntese, o autor propõe um modelo duplo para o sistema penal, qual seja: o Direito Penal de duas velocidades⁸⁴.

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

Segundo o autor, o Direito Penal de primeira velocidade é aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade e no qual devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade destina-se àquelas infrações cominadas com penas pecuniárias e restritivas de direito, tratando-se, portanto, de figuras delitivas de cunho novo, onde então caberia flexibilizar de modo promocional esses princípios e regras clássicos⁸⁵.

Segundo Blanca Mendoza Buergo, existem diferentes grupos doutrinários que defendem a evolução do Direito Penal clássico para abarcar os novos interesses da sociedade do risco ou da segurança⁸⁶.

Autores como Kindhäuser, entendem que o modelo do Direito Penal da segurança é uma das condições da sociedade do risco, e por conta disto o referido modelo é legítimo. Para tanto, parte da premissa de que em uma sociedade que produz múltiplos perigos, o Estado deve garantir a segurança através de instrumentos de controle social que garantam segurança frente aos riscos, e essa segurança deve ser feita através de instâncias penais e não somente administrativas⁸⁷.

Outra tese exposta na obra de Mendoza Buergo é a de Kratzsch, segundo o qual o Direito Penal deve ser voltado ao controle global. Ou seja, considera necessário o controle do risco pelo total domínio do azar, de modo que ele, o Direito Penal, de acordo com sua função e estrutura é, na verdade, e sempre foi o Direito Penal do risco⁸⁸.

⁸⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal, p. 144.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 139.

⁸⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo, p. 126.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 128.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 130.

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

4. NOVAS FORMAS DE TUTELA DOS BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

Neste capítulo demonstraremos que a defesa do Direito Penal de segurança, ou de risco, ou de intervenção ante as novas realidades tem embasamento dogmático forte.

Dentre os doutrinadores defensores do Direito Penal do Risco ou da prevenção podemos destacar Kuhlen e Schünemann, os quais defendem que o Direito penal está apto a intervir nas novas necessidades – riscos – sociais⁸⁹.

Para estes pensadores, não se pode ignorar a ocorrência de deficiências no plano normativo quanto a estas novas tipificações da sociedade do risco, porém esta nova proposta não pode sucumbir às críticas tradicionalmente feitas.

Assim, Kuhlen defende a idéia da tutela penal dos riscos e a criação de proibições de ações perigosas pelo fato de que, desde o ponto de vista da imputação jurídico-penal, será menos problemática esta imputação do que os resultados de uma ação individual lesiva a estes bens jurídicos coletivos⁹⁰.

Para o autor, o Direito Penal cumpre a tarefa de pedagogia social de criação e consolidação do valor correspondente no que pese à proteção do meio ambiente na consciência do cidadão através do instrumento penal.

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

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

Neste sentido, entende que o modelo de delitos de perigo abstrato reputa-se como a técnica legislativa típica que corresponde à essência dos bens jurídicos

⁸⁹ Ibdem. p. 119.

⁹⁰ Ibdem. p. 144.

supraindividuais, e que existe maior eficácia preventiva deste modelo delitivo, justamente pelo adiantamento da punibilidade⁹¹.

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

Assim, no Direito Civil tende-se à eliminação do conceito de culpa, fato que torna a tutela desprovida de conteúdo preventivo e valorativo. O problema maior é a inibição da criação de riscos que não ocorre. O máximo que ocorre é a reparação do dano, isto quando passível de recuperação.

A tutela administrativa também revela-se ineficaz, vez que além do fato de o servidor público encarregado de presidir o processo administrativo sancionador não possuir garantias fundamentais reservadas aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, garantias estas que lhes possibilitariam autonomia e independência no processamento e julgamento, é fato, também, que o mesmo não goza de imparcialidade.

Por fim, some-se o fato de que este tipo de promoção de tutela, ou se se preferir, tutela administrativa do bem difuso, não proporciona níveis mínimos de inibição à ocorrência de novas condutas perigosas.

A proteção penal do meio ambiente acarreta, necessariamente, a antecipação da tutela por não mais ser suficiente o princípio da ofensividade, que acarreta a necessidade de se adotar o modelo de lesão de bens individuais. Mas quando se trata de um bem supraindividual, deve-se utilizar o modelo de crimes de perigo, em que basta para a imputação destas estruturas a mera atuação perigosa, assim compreendida, pela probabilidade de acontecimento do evento danoso⁹².

O Direito Penal clássico, deve continuar sendo utilizado ante os injustos que atingem bens individuais, e que são acionados sob estritos requisitos de intervenção. Porém, este por não se mostrar adequado a atender as perspectivas difusas, de cunho preventivo, não é suficiente a possibilitar a ampla tutela do meio ambiente, ainda mais se se considerarmos os avanços tecnológicos espalhados por

⁹¹ *Ibidem*. p. 152.

⁹² MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. Dos bens jurídicos supra-individuais de conteúdo difuso como o meio ambiente. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 49.

todos os segmentos da sociedade, e a dependência que estabelecemos dos mesmos no cotidiano dos povos.

A solução técnica e pragmaticamente correta é formular uma nova metodologia jurídico-penal que se mostre adequada e demonstrável a legitimar a proposta de expansão do Direito Penal, dentro da lógica de gramática universal da dogmática penal de um Estado Democrático de Direito⁹³.

Não se pode rechaçar a expansão do Direito Penal ao argumento puro e único de rompimento de sua tradição e origem. Bens foram alçados à categoria jurídico-penal, em especial a realidade que recai sobre o meio ambiente e a qualidade de vida. Em verdade, os argumentos de que a expansão do Direito Penal contraria princípios garantistas tradicionais do Estado Democrático de Direito não se mostra correta, eis que ainda que diminuída a taxatividade da norma penal incriminadora, ainda assim haverá margem que distanciará da conduta não punível, senão irrelevante para fins de Direito Penal.

Este raciocínio justifica a necessidade de posturas no Direito Penal, já que se busca a tutela do bem jurídico difuso, e conseqüentemente, torna-se necessário poder controlar as fontes do risco. Portanto, para efetivação deste objetivo é necessária a antecipação da tutela penal para que a norma penal proíba, agora, comportamentos apenas potencialmente danosos.

⁹³ *Ibidem.* p. 49.

CONCLUSÃO

O Direito Penal é um dos componentes do sistema de controle social utilizado pelo Estado, sendo este seu principal instrumento na proteção de bens jurídicos. É por meio dele que o Estado realiza o controle normativo se valendo de um conjunto de normas destinadas a promover a pacificação social bem como a própria sobrevivência da sociedade humana no planeta Terra.

Tamanha é a importância do Direito Penal haja vista que atua da forma mais coercitiva possível e exerce papel fundamental na defesa dos interesses sociais. A função do Direito Penal, portanto, é a proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos, tanto individualmente como coletivamente considerados, e sua orientação necessariamente deve ser para a prevenção de ofensas a estes bens jurídicos.

Diante do exposto, resta-nos concluir que a discussão doutrinária acerca da proteção a bens jurídicos penais supraindividuais envolve questões que se referem às dificuldades de sua persecução por meio da aplicação das estruturas clássicas do delito.

Por este motivo, na busca pela proteção dos bens jurídicos supraindividuais, faz-se necessário a utilização de alguns mecanismos de incriminação característicos das novas áreas de regulação penal, mecanismos estes que partem da normatização extrapenal e a trazem para o campo do ilícito criminal, utilizando-se dos tipos penais de mera conduta e das incriminações de perigo abstrato, além dos tipos omissivos e culposos⁹⁴.

Aqui não se defende a renúncia do sistema garantista trazido pelo Direito Penal clássico, de evidente importância a liberdade humana como barreira intransponível à intervenção estatal. Porém, é certo que o modelo formal de Estado garantidor das liberdades públicas, pautado de formalismos, deve se compatibilizar com as necessidades atuais de imputação.

Em suma, estas duas propostas, a proteção dos bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, com a manutenção de um sistema de intervenção punitiva baseado no princípio da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais, devem se harmonizar.

⁹⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e Direito Penal, p. 118.

Nas palavras de Claus Roxin, “de que serve uma solução dogmáticamente correta se, logo, desde o ponto de vista político-criminal, conduz a resultados insatisfatórios?”⁹⁵.

Temos que a sociedade moderna, que está mergulhada em novos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos, precisa moldar o seu direito penal as novas tendências a fim de que possa, através de uma sistematização democrática, proporcionar a segurança social almejada sem alijar direitos e garantias fundamentais angariados ao longo da história.

A política criminal pautada pela sociedade de risco pode ser dividida por quatro características fundamentais: a primeira delas é o incremento da criminalização de comportamentos mediante a proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva; a segunda característica é o predomínio de estruturas típicas de mera conduta, ligadas aos delitos de perigo abstrato em detrimento aos tipos penais que exigem efetiva lesão ao bem jurídico; a terceira característica é a antecipação do momento em que se procede a intervenção penal, punindo as condutas ainda em sua fase embrionária; por último, as significativas modificações no sistema de imputação de responsabilidade em conjunto com as garantias penais e processuais penais. Nessa última característica, há um uso exacerbado de tipos penais abertos, através de uma menor precisão das condutas, e a utilização cada vez mais crescente de normas penais em branco.

⁹⁵ ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Humberto Mariano de. Mineração e meio ambiente na Constituição Federal. Imprensa: São Paulo, LTR, 1999.

ALVES, Fernando de Brito; Kazmierczak, Luiz Fernando. **O Direito Penal diante da sociedade de risco: a criminalização motivada pelo medo.** Conpedi Law Review. 2016.

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.

BATALINI, Guilherme Rodrigues. Da atipicidade da arma de fogo desmuniada: a inconstitucionalidade da super antecipação da punição. Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo. Editora 34, 2011 (2ª edição).

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna.** Tradução de Magda Lopes. São Paulo: USP, 1997.

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

BINDING apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: RT, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim G. “Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais”. In: Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Thaisa Dyala da; BODNAR, Zenildo. Direito Penal de garantia e proteção na sociedade de risco. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes, Tese, Universidade de São Paulo, 1983.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. Crimes ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. (Des)Criminalização, redação típica e (In) Ofensividade. São Paulo: IBCCRIM

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. trad.: Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Org e trad. André Luís Callegari. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993

JESUS, Damásio Evangelista de Jesus. Direito penal. 20 ed. Vol1. São Paulo: Saraiva, 1997

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIACOMO, Roberta Catarina. Dos bens jurídicos supra-individuais de conteúdo difuso como o meio ambiente. São Paulo: IBCCRIM, 2007

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. 2001.

MIR PUIG, Santiago. Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. Estudios Penales yCriminológicos, t. XIV, Santiago de Compostela

PINKER, Steven. **Os anjos bons da nossa natureza: por que a violência diminuiu**. Tradução: Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. in Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12 nº. 47 mar.-abril 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Julio César de Sá da. Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica.

ROXIN, Claus. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SÁNCHEZ-MIGALLON PARRA, Maria Victoria. El Bien Jurídico protegido en el delito ecológico. *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 29. Madri-1996

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** 3 ed. rev. e atual. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Ivan Luiz. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Revista de Informação Legislativa, v. 50, 2013

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

SOUZA, Vanessa Lima de; MARQUES, Glauco Roberto Moreira. Antecipação da Tutela Penal e Direito Penal Simbólico. Cento Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. ISSN 21-76-8498.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte geral. 4. ed. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.